Worin unterscheiden sich die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über das Recht des Besitzers auf Ersatz von Verwendungen (§ 994 ff.) von den Vorschriften des corpus iuris civilis?

Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt

der hohen Juristenfakultät zu Rostock

von

Curt Ledermann,
Referendar aus Hirschberg i. Schles.

1902.
Druck von M. Jacob,
Wüstegiersdorf.

Meinen teuren Eltern

in Liebe und Dankbarkeit gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549205_0035

Inhalts-Verzeichnis.

	Seite
Vorwort: Umfang unseres Themas. § 1	1—2
A. Begrifflicher Teil.	
I. Verwendungen im Allgemeinen. § 2	3—7
II. Arten der Verwendungen.	
1. Einkommenverwendungen. § 3	7—11
2. Kapitalverwendungen	
a. impensae necessariae und notwendige Verwendungen. § 4	11—16
b. sonstige Verwendungen. § 5	16—21
α. im corpus iuris	16—21
1. impensae utiles	16—19
2. impensae voluptuariae	19—21
β. im Bürgerlichen Gesetzbuche: „andere als notwendige Verwendungen“.	21
B. Ersatzansprüche wegen Verwendungen.	
I. Ersatz von Einkommenverwendungen. § 6 . . .	22—28
II. Ersatz von Kapitalverwendungen.	
a. Anrechnung von Nutzungen auf Kapitalverwendungen. § 7	28—33
b. Ersatz von impensae necessariae und notwendigen Verwendungen. § 8	33—38
c. Ersatz sonstiger Verwendungen	
1. im corpus iuris. § 9	39—49
α. der impensae utiles	39—47
β. der impensae voluptuariae	47—49
2. im Bürgerlichen Gesetzbuche. der „anderen als notwendigen Verwendungen.“ § 10	49—53
III. Das Wegnahmerecht. § 11	53—59
C. Geltendmachung des Ersatzanspruches.	
I. Durch Retention. § 12	60—70
II. Durch Klage. § 13	70—81
III. Durch Selbstbefriedigung. § 14	82—85

Litteratur-Verzeichnis.

1) Biermann: Kommentar zum B.-G.-B.: Das Sachenrecht. Berlin 1898.
2) Böcking: Pandekten des römischen Privatrechts. Bonn 1853.
3) Brinz: Pandekten, 2. Auflage, 1. Band. Erlangen 1873.
4) Brinz: Die Lehre von der Kompensation, Leipzig 1849.
5) v. Buchholz: Juristische Abhandlungen aus dem Gebiete des heutigen römischen Rechtes. Königsberg 1833.
6) Chambon: Die negotiorum gestio. Leipzig 1848.
7) Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechtes, 2. Band, 1. Abteilung: Das Sachenrecht. Jena 1899.
8) Cuiacius: Observationum et emendationum libri XXVIII, Köln 1598.
9) Czyhlarz: Die Eigentumserwerbsarten des Pandektentitels de aquirendo rerum dominio 41, 1, 1. Band. [Separatausgabe von Glück's Pandektenkommentar, Serie der Bücher 41, 42, Teil 2] Erlangen 1887.
10) Dernburg: Pandekten, Band 1, III. und V. Auflage: Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preussens, 3. Band: Das Sachenrecht des deutschen Reiches und Preussens. Halle 1898.
11) Dernburg: Geschichte und Theorie der Kompensation nach römischem und neuerem Recht. Heidelberg 1868, 2. Auflage.
12) Donellus: opera omnia, Tomus V. Lucae 1564.
13) Eisele: Die Kompensation nach römischem und gemeinem Recht. Berlin 1876.
14) Endemann: Einführung in das Studium des bürgerlichen Gesetzbuches. Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes, I. Band [Allgemeiner Teil, Recht der Schuldverhältnisse] 6. Auflage, II. Band, 1. Teil [Sachenrecht] 3. und 4. Auflage.
15) Enneccerus und Lehmann: Das bürgerliche Recht: Lehmann, II. Band: Sachen-, Familien- und Erbrecht, München 1898.
16) Fabricius: De impensis secundum ius Romanum. Dissertation, Breslau 1861.
17) Fischer und Henle: B.-G.-B., Handausgabe. München 1899.
18) Francke: Zum Retentionsrecht gegen dingliche Klagen, 2. Abhandlung in Franckes Beiträgen zur Erläuterung einzelner Rechtsmaterien, 1. Abteilung. Göttingen 1828.

19) Gaius: Institutionen, commentarii quattuar. Ausgabe von Lachmann. Berlin 1842.
20) Garsias: de expensis et meliorationibus tractatus. Amsterdam 1655.
21) Gesterding: Ausführliche Darstellung der Lehre vom Eigentum. Greifswald 1817.
22) Glück: Ausführliche Erläuterung der Pandekten, VIII. Teil, 1. Abteilung, Erlangen 1807.
23) Goldschmidt: Handbuch des Handelsrechts, 1. Band, zweite Abteilung. Erlangen 1868.
24) Göschen: Vorlesungen über das gemeine Civilrecht.
25) Grosskopff: Zur Lehre vom Retentionsrecht. Oldenburg 1859.
26) Jagemann: „Kosten" in Weiske's Rechtslexikon, 6. Band, Seite 195 f, Leipzig 1845.
27) v. Keller: Der römische Civilprozess und die Aktionen, zweite Ausgabe, Leipzig 1855.
28) Kober: Sachenrecht in Staudingers Kommentar zum B.-G.-B. München 1898.
29) Kohler: Die Menschenhilfe im Privatrecht in den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechtes von Iehring, 25. Band Nr. I.
30) Langfeld: Die Lehre vom Retentionsrecht. Rostock 1886.
31) Leist: Das erlaubte, ungerufene Eingreifen in fremde Vermögens-Angelegenheiten im 2. Heft von Leist's Civilistischen Studien auf dem Gebiete dogmatischer Analyse. Jena 1855.
32) Leske: B.-G.-B. und preussisches allgemeines Landrecht. Berlin 1900.
33) Matthiass: Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes, 2. Band, 3. Auflage 1900.
34) Meisner: Kommantar zum B.-.G.-B., 3. Band: Sachenrecht, Breslau 1901.
35) v. Monroy: Die vollmachtlose Ausübung fremder Vermögensrechte. Rostock 1878.
36) Mugdan: Die gesamten Materialien zum B.-G.-B., III. Band: Sachenrecht, Berlin 1899.
37) Pernice: Labeo, römisches Privatrecht im 1. Jahrhundert der Kaiserzeit, 2. Band, 1. Abteilung, II. Auflage.
38) Petrazycki: Die Lehre vom Einkommen, 1. Band, Berlin 1893.
39) — Die Fruchtverteilung beim Wechsel der Nutzungsberechtigten. Berlin 1892.
40) Pfersche: Die Bereicherungsklage. Wien.
41) Planck: B.-G.-B., Lieferung 3 (2. Auflage) Berlin 1898 und Lieferung 6 (1. und 2. Auflage) Berlin 1899.
42) v. Savigny: System des heutigen römischen Rechtes, 5. Band, Berlin 1841.
43) Schmid: Handbuch des gemeinen bürgerlichen Rechtes, 1. Bd., Leipzig 1847.
44) Schmidt: Der Verwendungsanspruch des Besitzers, Inaugural-Dissertation, Göttingen 1896.

45) Sell: Ueber das Prinzip, auf welchem das Recht des beklagten Besitzers bei der rei vindicatio und Publiciana in rem actio beruht, seine Verwenduugen auf die fremde Sache gegen den klagenden Eigentümer geltend zu machen; in den Jahrbüchern für historische und dogmatische Bearbeitung des römischen Rechtes von Carl und Wilhelm Sell, Band III Nr. VIII, Braunschweig 1844
46) Sell: Versuche im Gebiet des Civilrechtes, 1. Teil, Giessen 1833, 1. Abhandlung: Ueber den Grundsatz des römischen Rechtes, dass niemand mit oder aus dem Schaden eines anderen sich bereichern dürfe.
47) Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte, N. F., 13. Band, Nr. 262, München-Leipzig 1888.
48) Simon: Die Geltendmachung des Verwendungs-Anspruches, Erlanger Dissertation, Berlin 1897.
49) Steinbach: Die Ansprüche wegen Verwendungen nach dem Recht des B.-G.-B. Erlanger Dissertation, Augsburg 1897.
50) Thibaut: System des Pandektenrechtes, 1. Band, Jena 1834 und 2. Band.
51) Ubbelohde: Ueber den Satz: ipso iure compensari, Göttingen 1858.
52) Ulpiani: liber singularis regularum ed. Krueger, Berlin 1878.
53) Vangerow: Lehrbuch der Pandekten, 1. Band, Marburg und Leipzig 1876.
54) Weidemann: Verwendungsbegriff und Verwendungsklage, Dissertation, Rostock 1900.
55) Weyl: Vorträge über das B.-G.-B. München 1900.
56) Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechtes, Band I [7. Auflage 1891] Band II [6. Auflage 1887]: Lehrbuch des Pandektenrechtes Band I, 8. Auflage unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechtes, bearbeitet von Kipp 1900.
57) Witte: Die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechtes, Halle 1859.
58) Ziebarth: Realexekution und Obligation, Halle 1866.
59) Zimmermann: Echte und unechte negotiorum gestio 1872.
60) Zusammenstellung der gutachtlichen Aeusserungen zum Entwurf eines B.-G.-B., angefertigt im Reichsjustizamt, Band III, Aeusserungen zum Sachenrecht, Berlin 1890.

Vorwort.

§ 1.

Umfang unseres Themas.

Verwendungen auf eine Sache können in verschiedenster Art vorkommen. Man kann auf die eigene Sache etwas verwenden, das ist juristisch uninteressant, man kann aber auch auf eine fremde Sache Verwendungen machen und hier ist es wieder möglich, dass man solche Impensen vornimmt, um einen anderen dadurch zu verpflichten, z. B. als Miether, als Entleiher, oder dass man auf die Sache als solche verwendet, ohne dadurch irgend ein obligatorisches Verhältnis eingehen zu wollen. Durch die Verweisung auf die §§ 994 ff. des B.-G.-B. ist für unser Thema eine feste Grenze gesetzt. Auch sonst finden wir nämlich im B.-G.-B. Vorschriften über Impensenersatz, so im Obligationen-, im Familien- und Erbrecht. Für uns kommen aber nur die rein sachenrechtlichen Vorschriften in Betracht, also nur der Fall, wo der Besitzer „sine contemplatione domini“[1]) Verwendungen auf eine fremde Sache „als solche“ macht, die vom Eigentümer vindiziert wird.

Wenn *Böcking*[2]) meint, es liege auch hier immer ein Rechtsgeschäft vor, so ist das zweifellos unrichtig. — In

[1]) Leist: Das erlaubte, ungerufene Eingreifen in fremde Vermögensangelegenheiten Seite 22 im 2. Heft von Leist's civilistischen Studien auf dem Gebiet dogmatischer Analyse.

[2]) Böcking: Pandekten des römischen Privatrechts § 103.

solchem Falle geben wohl alle bestehenden Gesetze Vorschriften darüber, dass der Eigentümer hier verpflichtet sei, dem Besitzer unter gewissen Voraussetzungen Ersatz für solche Verwendungen zu leisten. In wie weit sich nun zwischen den Vorschriften, die das corpus iuris und das B.-G.-B. für diese Fälle giebt, Unterschiede finden, das zu untersuchen, ist Aufgabe unseres Themas. — Zugleich müssen wir bald hier betonen, was sich eigentlich schon aus dem bisher Gesagten ergiebt, dass, wenn wir im Folgenden vom „Besitzer" sprechen, darunter stets gemeint ist im B.-G.-B.[1]) der „Eigenbesitzer", also derjenige, welcher eine Sache gemäss § 872 als ihm gehörend[2]) besitzt und im corpus iuris der juristische, durch Interdikte geschützte possessor.

---

[1]) Protokolle der 2. Kommission zum 1. Entwurf eines B.-G.-B. Seite 8560, 8561.

[2]) (Mugdan: die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch III. Band: Sachenrecht.)

A. Begrifflicher Teil.

§ 2.

I. Verwendungen im Allgemeinen.

Bevor wir zu unserem eigentlichen Thema, dem Ersatz von Verwendungen, und, was davon unzertrennlich ist, der Art seiner Geltendmachung übergehen, wird es unbedingt notwendig sein, die einzelnen Begriffe der Verwendungen im corpus iuris und im B.-G.-B. einander gegenüber zu stellen, zumal, da sich schon hier ganz wesentliche Unterschiede ergeben werden, die selbstverständlich auch auf den Ersatzanspruch ihren nicht unbedeutenden Einfluss ausüben.

Was den Ausdruck impensae anlangt, so finden wir ihn im corpus iuris nicht überall da gebraucht, wo es sich um Ersatz von Verwendungen handelt. Es spricht in l. 79 D. V, 1 von sumptus, in l. 39 § 1 D. IV, 4 von expensae, in l. 7 D. IX, 2 von impendia, in l. 24 D. II, 19 von meliorationes, in l. 14 D. XXV, 1 von impensae.[1]) Um diese Ausdrücke in ein System zu bringen, nahm die ältere Doktrin Einteilungen des allgemeinen Begriffes der Verwendungen vor, so unterscheidet *Böcking*[2]) zwischen impensae in rem factae (impensae im engeren Sinne) und impensae propter

[1]) Schmidt, Dissertation: Der Verwendungsanspruch des Besitzers. Göttingen 1896 Seite 7.

[2]) Böcking, a. a. O. § 107.

rem factae (expensae). *Fabricius*[1]) fasst als weitesten Begriff die sumptus, diese lässt er wieder zerfallen, je nachdem man sich auf den Standpunkt dessen stellt, aus dessen Vermögen sie geschehen oder die Sache in Betracht zieht, auf die sie gemacht werden, in expensae und impensae. Aehnlich teilt auch *Jagemann,*[2]) doch giebt er selbst zu, dass eine solche Unterscheidung im corpus iuris nicht gleichmässig durchgeführt sei. Man hat in neuerer Zeit von solchen Einteilungen Abstand genommen und gebraucht allgemein den Begriff impensae, besonders wohl wegen des Digestentitels XXV, 1 de impensis in res dotales factis, wo die Lehre von den Verwendungen eine eingehendere Erörterung erfährt.[3]) *Garsias*[4]) zieht allerdings den Ausdruck expensae vor, quoniam magis forense verbum sit.

Was man unter Impensen zu verstehen habe, darüber giebt uns das corpus iuris keine Auskunft. Es ist vielmehr ein Satz des Naturrechtes, dass Verwendungen auf eine Sache bestehen können in Arbeit oder darin, „dass man wieder andere Sachen in die Hauptsache hineinsteckt".[5]) Beides, die Arbeit, wie die zu verwendenden Sachen, müssen in inniger Beziehung zur Hauptsache stehen, auf die sie verwendet werden. Das kann besonders bei einigen Sachverwendungen zu Zweifeln Anlass geben. So werden wir dann nicht von Impensen reden können, wenn der Besitzer eigene Sachen in eine so lose Beziehung zur Hauptsache bringt, dass sie nur als deren Pertinenz erscheinen. Pertinenzen kann aber nur der Eigentümer der Hauptsache schaffen, denn nur, was perpetui usus causa in aedificio insunt, ist Pertinenz.[6])

---

[1]) Fabricius, Dissertation: De impensis secundum ius Romanum. Breslau 1861, § 1.

[2]) Jagemann, „Kosten" in Weiske's Rechtslexicon, 6. Band, Seite 195.

[3]) Simon, Dissertation: Die Geltendmachung des Verwendungsanspruches. Erlangen 1897 § 1.

[4]) Garsias, de expensis et meliorationibus tractatus caput I Nr. 7 S. 7.

[5]) Leist a. a. O. Seite 12.

[6]) Schmidt, Dissertation a. a. O. Seite 18.

Hingegen verlangt das corpus iuris nicht, dass die verwendete Sache definitiv aus dem Vermögen des Besitzers ausscheidet, es betrachtet vielmehr z. B. in l. 38 D. VI, 1 auch das inaedificare als eine Verwendung. Hier erlischt aber das Eigentum des Besitzers an dem Baumaterial nicht endgiltig nach l. 7 § 10 D. 41, 1, es „ruht“ vielmehr nur, so lange die Verbindung währt; ist diese gelöst, so lebt das Eigentum wieder auf.[1]) In vielen Fällen wird freilich das Recht des Besitzers an der verwendeten Sache für immer erlöschen, so beim conserere in l. 38 D. VI, 1, denn mit dem Wurzelschlagen fällt die Aussaat in das Eigentum dessen, dem das Grundstück gehört und verbleibt in seinem Rechte, selbst wenn sie ausgerissen ist: l. 26 § 1 D. 41, 1; unbedingt erforderlich für den römischen Impensenbegriff ist jedoch ein derartiger dauernder Eigentumsverlust nicht, wie wir oben gesehen haben. Es ist ferner nicht nötig, dass die Hauptsache infolge der Verwendung irgend eine Veränderung erfährt, man denke nur an das Bezahlen einer Hypothekenschuld in l. 65 D. VI, 1. Deshalb dürfte wohl die Definition der Verwendungen, wie sie uns *Simon*[2]) angiebt, wenn er die Impensen schlechthin als accessiones rei bezeichnet, zu eng sein. Wir werden uns vielmehr der Begriffsbestimmung von *Dernburg*[3]) anschliessen können, der als Verwendungen auf eine Sache bezeichnet „für dieselbe aufgewendete vermögenswerte Leistungen.“ Ebenso wenig, wie im corpus iuris wird auch im B.-G.-B. der Ausdruck „Verwendungen“ überall da gebraucht, wo es sich um Impensenersatz handelt, so spricht § 102 und § 998 von „Kosten“, in § 995 finden wir „Aufwendungen“; an dieser letzten Stelle wollte man einen etwas weiteren Bergriff schaffen,[4]) weil man fürchtete, dass für die in diesem Paragraphen erwähnten Aufwendungen

---

[1]) Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechtes 7. Auflage, Band 1 § 189.

[2]) Simon, Dissertation a a. O. § 1.

[3]) Dernburg, Das Bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preussens 3. Band: Das Sachenrecht Seite 351.

[4]) Protokolle der 2. Kommission Seite 3993.

der sonst gebrauchte Begriff „Verwendungen“ zu eng sei. Jedenfalls können wir auch im B.-G.-B. gleichmässig von „Verwendungen“ sprechen, da dieser Ausdruck besonders in §§ 994—1003, wo die Impensenlehre eingehend erörtert wird, der am häufigsten gebrauchte ist. — Man hat ferner auch im B.-G.-B. von einer Legaldefinition des Begriffes der Verwendungen abgesehen, weil „derselbe der bisherigen Theorie und Praxis völlig geläufig sei.“[1]) Auch hier werden wir natürlich die Geltung des erwähnten Satzes des Naturrechts anzunehmen haben. — Bei Gelegenheit der Regelung der Verwendungen im Sachenrecht bezeichnen die Motive[2]) dieselben als „Geschäfte, deren wirtschaftlicher Erfolg dem dinglich Berechtigten in irgend einer Weise zu Gute kommt.“ Mit Recht hat man aber darauf hingewiesen,[3]) dass diese Definition keine glückliche ist, denn zunächst kann der Ausdruck „Geschäfte“ zu Zweifeln führen, es ist natürlich nicht nur an Rechtsgeschäfte gedacht. Aber Arbeiten fallen doch auch unter den Begriff der Verwendungen und ob man diese wird als „Geschäfte“ hinstellen können, ist fraglich. Ferner ist es kein scharfes Merkmal der Verwendungen, dass sie dem Eigentümer zu Gute kommen, z. B.[4]) wird man die Arzneikosten für ein krankes Tier selbst dann als Verwendung behandeln müssen, wenn das Tier stirbt, bevor ihm die Medizin eingegeben ist. Wir werden vielmehr am besten auch hier mit *Dernburg*[5]) als Verwendung auf eine Sache „für dieselbe aufgewendete vermögenswerte Leistungen“ zu betrachten haben.

Einen überaus wesentlichen Unterschied vom corpus iuris finden wir aber schon hier. Zwar wird nach B.-G.-B.

[1]) Motive der 1. Kommission zum 1. Entwurf eines B. G.-.B. Seite 31

[2]) Motive a. a. O. Seite 411.

[3]) Dernburg Sachenrecht, a. a. O. Seite 350. Leske: Bürgerliches Gesetzbuch und preussisches Allgemeines Landrecht 1. Hälfte Seite 438. Endemann: Einführung in das Studium des B.-G.-B. 2. Band 1. Teil: Sachenrecht Seite 365.

[4]) Dernburg, Sachenrecht a. a. O. Seite 350.

[5]) Dernburg, Sachenrecht a. a. O. Seite 351.

ebensowenig, wie nach römischem Recht Zubehör als Verwendung zu gelten haben,[1]) das corpus iuris erkannte aber als Sachverwendungen auch solche an, bei denen die Nebensache nicht für immer aus dem Vermögen des Besitzers schied, dessen Eigentum während der Verbindung nur ruhte und nach deren Auflösung wieder auflebte. Eine durchaus abweichende Anschauung liegt dem B.-G.-B. zu Grunde, es verlangt nämlich, dass das Verwendete definitiv aus dem Vermögen des Besitzers ausscheidet „ohne dass hierfür ein Aequivalent eintritt."[2]) Es ist daher für eine Sachverwendung heut erforderlich, dass eine Nebensache auf eine Hauptsache derart verwendet wird, dass jene als wesentlicher Bestandteil[3]) dieser erscheint, dass also gemäss § 93 des B.-G.-B. das Sondereigentum an der Nebensache völlig erlischt.

Es ergiebt sich somit, dass der Begriff der Verwendungen im B.-G.-B. ein engerer ist, als der im corpus iuris.

II. Arten der Verwendungen.

§ 3.

I. Einkommenverwendungen.

Neben den eigentlichen impensae (in rem), welche die Römer einteilten in necessariae, utiles und voluptuariae, kennen die Quellen noch eine 2. Gruppe, die sie bezeichnen als impensae, quae quaerendorum, cogendorum, conservandorumque eorum (fructuum) gratia fiunt: l. 36 § 5 D. V, 3; quod in fructus redigendos impensum est: l. 46 D. 22, 1; sumptus in percipiendos fructus: l. 10, § 9 D. 17, 1. Auch die neueren Theoretiker[4]) haben diese Definitionen übernommen

---

[1]) Kober, Sachenrecht in Staudingers Kommantar zum B.-G.-B. Bemerkung 2 b zu § 994.

[2]) Steinbach, Dissertation: Die Ansprüche wegen Verwendungen nach dem Recht des B.-G.-B., Erlangen 1897 Seite 7.

[3]) Motive a. a. O. Seite 411.

[4]) Dernburg: Pandekten 3. Auflage Seite 530, 1. Band.

als „Kosten der Fruchbestellung“ (*Dernburg*), als „Verwendungen auf die Früchte“[1]) u. a. Erst in allerneuester Zeit hat *Petrazycki*[2]) in überaus klarer und überzeugender Weise den Beweis erbracht, dass die bezeichneten theoretischen Definitionen unrichtig sind, dass vielmehr in den Entscheidungen der römischen Juristen ein ganz anderes, ungleich schärferes Kriterium zu finden sei. Schon a priori müssen wir zu dem Resultat kommen, dass eine Scheidung von Kosten auf das Kapital und auf die Produktion nicht möglich ist, denn es ist ganz natürlich, dass, wenn man das Kapital, das Mitttel der Produktion, erhält oder verbessert, dies auch der Produktion selbst zu Gute kommt. Sehen wir also, wie sich die Entscheidungen der römischen Juristen zu dieser Frage stellen!

Vergleichen wir l. 1 § 3 D. 25, 1 mit l. 13, eod. In der ersten Stelle wird die cautio damni infecti als eine notwendige Kapitalverwendung, hingegen werden in der 2. Stelle die Steuern als Kosten der Fruchtbestellung bezeichnet. Beide Entscheidungen lassen sich nicht nach dem Kriterium der Einwirkung auf das Kapital und die Produktion scheiden. Besonders die Steuern können wir nimmermehr als Kosten der Fruchtbestellung ansehen. Vielmehr geht schon aus dieser Gegenüberstellung hervor, dass wir das Gewicht darauf legen müssen, dass die cautio damni infecti eine einmalige, Steuern aber laufende Ausgaben sind.

In l. 3 § 1 D. 25, 1 wird die Errichtung einer Stampfmühle zu den Kapitalverwendungen gerechnet, in l. 15 eod. wird aber die modica refectio, die cibaria dotalibus mancipiis data zu den Verwendungen auf die Fruchtbestellung

[1]) Sell: Ueber das Prinzip, auf welchem das Recht des beklagten Besitzers bei der rei vindicatio und Publiciana in rem actio beruht, seine Verwendungen auf die fremde Sache gegen den klagenden Eigentümer geltend zu machen. Seite 280; in den Jahrbüchern für historische und dogmatische Bearbeitung des römischen Rechtes von Karl und Wilhelm Sell, Band 3. N. VIII Seite 280.

[2]) Petrazycki: Die Lehre vom Einkommen, 1. Band, Seite 151.

gezählt. Wie könnten wir diese Beispiele den alten theoretischen Definitionen einreihen! Man könnte doch gerade im Gegenteil geneigt sein, eine Stampfmühle, die doch primär den Zweck hat, das Dreschen des Getreides zu erleichtern, unter die Produktionskosten zu rechnen, hingegen die cibaria, durch deren Wegfall das Vermögen doch sicherlich Einbusse erleiden würde, und die modica refectio, ohne welche die Gebäude verfallen und schadhaft werden würden, zu den Kapitalverwendungen zu rechnen. Es zeigt sich hier ganz augenscheinlich die Unrichtigkeit des erwähnten Kriteriums,[1]) auch hier ist nichts natürlicher, als das einmalige Auftreten und die periodische Wiederkehr der bezeichneten Auslagen als ihr allein deutliches Unterscheidungsmerkmal hinzustellen. Besonders geeignet für unsere Beweisführung ist auch l. 28 § 1 D. 24, 1 in welcher die Ernährung und der Unterricht der Sklaven als ein onus fructuum, das Lösegeld an den praedo als eine Kapitalverwendung hingestellt wird. Auch hier müssen wir unbedingt zugeben, dass die Unterhaltskosten und das Lösegeld gleichmässig der Erhaltung des Kapitals dienen und dennoch werden sie verschieden rubriziert, es ist daher vollkommen klar, dass als ihr einziger Unterschied anzusehen ist, dass wir im einen Fall periodisch wiederkehrende, im anderen eine einmalige Ausgabe vor uns haben.

Schon aus den genannten Beispielen ist die Richtigkeit der Ansicht *Petrazyckis* klar ersichtlich, sie ist sogar unentbehrlich zum Verständnis mancher Entscheidungen. Ohne diese Theorie müsste es uns unklar bleiben, weshalb die Römer in l. 2 D. 25, 1 die Krankheitskosten für Sklaven zu den impensae necessariae, in l. 7 § 16 D. 24, 3 dagegen zu den onera fructuum zählen; an der Hand dieser Theorie[2]) ist es aber leicht verständlich, dass in diesem Fall die laufenden, gewöhnlichen Krankheitskosten, in jenem die aussergewöhnlichen zu verstehen sind, die durch ein unvor-

[1]) Petrazycki: Seite 155.

[2]) Petrazycki a. a. O. Seite 156.

hergesehenes Ereignis, z. B. eine Seuche, verursacht werden. Hier und da wollen die römischen Juristen, wohl in Erkenntnis ihrer unrichtigen Definitionen, einen genaueren Fingerzeig geben, welche Verwendungen das Kapital und welche die fructus treffen sollen, so sagt *Neratius* am Schluss der l. 15 D. 25, 1, dass man per singula ex genere et magnitudine impendiorum wird zu entscheiden haben. Die magnitudo allein ist natürlich kein scharfes Kriterium, denn eine einmalige Ausgabe kann wohl auch geringer sein, als eine laufende Verwendung, wenn das auch der seltenere Fall sein wird, deshalb empfiehlt *Neratius* auch das genus in Betracht zu ziehen, womit ein klares Erkennungsmerkmal freilich auch nicht gegeben wird. Wir sehen somit, dass es *Petrazycki* gelungen ist, kurz den theoretischen Grundsatz zu erfassen, von dem die Römer in ihren Entscheidungen geleitet wurden, dass man nämlich unter impensae in rem die einmaligen Kapitalverwendungen, unter impensae in fructus die periodisch wiederkehrenden Einkommenverwendungen zu verstehen hat.

Wie verhält sich nun das B.-G.-B. zu der angegebenen Abgrenzung in den Quellen? Für die impensae in fructus finden wir keine einheitliche Bezeichnung vor. Unter diesen Begriff fallen die in §§ 102 und 998 als „auf die Früchte verwendete Kosten", die in § 994 als „gewöhnliche Erhaltungskosten" Aufgeführten und aus der Bezeichnung „ausserordentliche Lasten, die als auf den Stammwert der Sache angelegt zu betrachten sind" in § 995 entnehmen wir, dass das B.-G.-G. auch ordentliche, laufende Lasten kennen muss, die nur die Nutzungen treffen. Das B.-G.-B. trennt somit offenbar die periodischen Verwendungen nach dem Gesichtspunkte, ob sie mit der Fruchtziehung in Verbindung stehen oder nicht.

Ein weiterer Unterschied vom corpus iuris zeigt sich darin, dass das B.-G.-G. die periodischen Verwendungen von den einmaligen nicht streng scheidet, denn aus dem engen Zusammenhang, in welchem § 994 Satz 1 und Satz 2 stehen,

sowie aus der Gegenüberstellung: „Die gewöhnlichen Erhaltungskosten . . . jedoch", geht hervor, dass unser Gesetz natürlich auch aussergewöhnliche, also einmalige Erhaltungskosten kennt, diese aber mit den „gewöhnlichen" in eine Rubrik stellt; dasselbe gilt von den in § 995 implicite bezeichneten ordentlichen Lasten, die es gleichfalls mit den ausserordentlichen, also einmaligen Lasten zusammen zu einer Klasse rechnet.

Aus dem Gesagten geht hervor, dass das B.-G.-B. theoretisch eine strenge Teilung der Impensen in Kapital- und Einkommenverwendungen nicht kennt, sondern dass es beide Arten, die wir im corpus iuris so genau von einander geschieden finden, durch einander mengt.

2. Kapitalverwendungen.

a. Impensae necessariae und notwendige Verwendungen.

§ 4.

Wie wir schon zu Anfang des vorigen Paragraphen gesehen haben, teilen die Römer die eigentlichen Impensen, die impensae in rem, ein in necessariae, utiles und voluptuariae, eine Dreiteilung, die zu Beginn der Kaiserzeit vollzogen sein muss, denn dem *Labeo*[1]) und *Fulcinius* ist sie bekannt. An dieser Stelle mögen zunächt die impensae necessariae erörtert werden. Als Legaldefinition für diese Klasse finden wir in l. 79 D. 50,16: quae si factae non sint, res aut peritura aut deterior futura sit, in l. 14 D. 25, 1: quibus non factis dos imminuitur, in l. 1 § 1 D. 25, 1 die wenig besagende Definition von Ulpian: quae habent in se necessitatem impendendi. Eigentümlicher Weise hat die gemeinrechtliche Doktrin diese Definitionen kritiklos übernommen, so bezeichnet *Dernburg*[2]) die impensae necessariae als solche, welche „zur Er-

[1]) Pernice: Labeo römisches Privatrecht im 1. Jahrhundert der Kaiserzeit, 2. Band 1. Abtheilung 2. Auflage Seite 386.

[2]) Dernburg: Pandekten 3. Auflage, Seite 529 1. Band. Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechtes, Band I 1891 § 195. Schmid: Handbuch des gemeinen deutschen bürgerlichen Rechtes, 1. Band Seite 336.

haltung der Sache unentbehrlich sind," ebenso fast gleichartig *Windscheid* und *Schmid. Leist*[1]) versteht darunter „all' die Ausgaben, welche dazu dienen, eine Sache oder einen Sachkomplex vor drohendem Untergang oder Schaden zu bewahren."

Wiederum ist es ein Verdienst *Petrazyckis*[2]) darauf hingewiesen zu haben, dass aus den practischen Beispielen, welche die Quellen geben, thatsächlich ein anderer, und zwar bedeutend weiterer Begriff, ersichtlich ist.

In l. 14 D. 25, 1 wird als impensa necessaria bezeichnet das vetera aedificia reficere. Um alte Gebäude in Stand zu halten, sind in dem Wirtschaftsbudget eines jeden ordentlichen Wirtes laufende Ausgaben notiert, es kommt dieser einmaligen Kapitalverwendung daher ein weit höherer Zweck zu, sie „erhält" nicht allein, sondern sie verbessert auch das Kapital und damit die Produktionsfähigkeit.

Als impensae necessariae bezeichnen die Quellen ferner in l. 1 § 3 D. 25, 1: si oliveta reiecta restauraverit, in l. 3 pr. eod. si vites propagaverit vel arbores curaverit vel seminaria pro utilitate agri fecerit, in l 14 eod. arbores in locum mortuarum reponere. Nimmermehr könnte man behaupten, dass diese gesammte Thätigkeit lediglich der „Erhaltung" der Sache diene.

In l. 1 § 3 D. 25, 1 wird eine Stampfmühle oder eine Scheuer, si necessario factum sit, unter die impensae necessariae gerechnet. Diese Beispiele können wir keinesfalls unter die hergebrachte Definition bringen, denn sie, wie auch die in l. 7 § 16 D. 24, 3 vorkommende Erbauung eines neuen Wohnhauses, bezweken alles eher, als die „Erhaltung" des Kapitals, sie sind vielmehr geeignet, den Wert der Sache und ihre Produktionsfähigkeit zu erhöhen.

In l. 1 § 3 D. 25, 1 werden die moles in mare vel flumen proiectae in l. 14 eod. das aggeres facere, flumina avertere zu den impensae necessariae gerechnet.[3]) Solche

[1]) Leist a. a. O. Seite 20.

[2]) Petrazycki a. a. O. Seite 293 ff.

[3]) Petrazycki a. a. O. Seite 295.

Einrichtungen können ja in erster Linie das Grundstück vor Wasserschaden bewahren, wir können uns aber auch denken, dass die Gräben zu einer vorteilhaften Berieselung, die Dämme vielleicht zur Förderung des Fischfanges dienen können.

Schon aus diesen Beispielen, die, wie wir sehen, fast sämmtlich dem Dotalrecht entnommen sind, können wir schliessen, dass diesen römischen Anführungen ein anderes Princip zu Grunde liegen muss, als die Theoretiker bis jetzt angenommen haben. Zur Erklärung des Begriffes der impensae necessariae, der den Römern bei ihren Entscheidungen vorschwebte, giebt uns *Petrazycki*[1]) einige treffende Bemerkungen über die Wirtschaft im Allgemeinen. Er bezeichnet sie als ein „systematisch und planmässig geordnetes Ganze", als einen Organismus, in welchem jeder Teil seine bestimmten Funktionen erfüllt. Dieses System wird gestört, wenn sich in dem Organismus irgend ein unnützes Element findet, das in diese geordnete Wirtschaft störend eingreift, oder, wenn unentbehrliche Einrichtungen fehlen, ohne welche das Ganze seine Funktionen zu erfüllen ausser Stande ist. Die einmaligen Ausgaben an Kapital, welche dadurch verursacht werden, dass die Wirtschaft „zu einem gesunden und seine Funktionen regelmässig erfüllenden Organismus gemacht wird", heissen impensae necessariae.[2])

Diese Definition wird durchaus allen Quellenstellen gerecht und nur so ist auch das in den römischen Erklärungen der impensae necessariae wiederkehrende necessarium, z. B. bei der oben erwähnten Stampfmühle zu verstehen, das man leicht für eine Tautologie halten könnte, es bedeutet dann nämlich nichts anderes, als dass durch das Fehlen einer solchen Anlage die Wirtschaft ihre geordneten Funktionen auszuüben, nicht im Stande ist.[3])

Man könnte gegen die Ansicht von *Petrazycki* vielleicht die l. 1 § 3 D. 25, 1 anführen, wo sich das schon einmal

[1]) Petrazycki, Seite 297 a. a. O.
[2]) Petrazycki a. a. O. Seite 297.
[3]) Petrazycki a. a O. Seite 298.

erwähnte reficere eines aedificium ruens als impensa necessaria findet, denn hier handle es sich doch rein um „Erhaltung“ einer Sache! Wir dürfen aber nicht den sogleich sich anschliessenden Relativsatz übersehen, wo es von dem aedificium heisst: quod habere mulieri utile erat. Also nicht die refectio an jedem, für den Betrieb einer Wirtschaft vielleicht völlig überflüssigen Gebäude, wird als impensa necessaria bezeichnet, sondern nur, so weit es für die Produktion erforderlich ist.

Aber nicht nur rein wirtschaftliche impensae necessariae finden wir in den Quellen, sondern z. B. in l. 65 D. 6, 1 auch das Auszahlen eines auf einem praedium lastenden Hypothekenkapitals.

An der Hand dieser klaren *Petrazycki*'schen Definition ist es leicht, den veralteten Theoretikern die Unrichtigkeit ihrer in den Lehrbüchern angegebenen Beispiele für impensae necessariae nachzuweisen; so zählt *Leist*[1]) unter diesen Begriff Ernährung von Sklaven und andere laufende Verwendungen, die wir durchaus unter die impensae in fructus zu rechnen haben.

Die Rechtswissenschaft scheint diese Theorie *Petrazycki's* als richtig anerkannt zu haben; so schliesst sich *Dernburg*[2]) völlig dieser Ansicht an, wenn er die impensae necessariae als solche bezeichnet, welche die ordentliche Bewirtschaftung einer Sache mit sich bringt.

Ist nun der Ausdruck „notwendige Verwendungen“, dem wir in § 994 B.-G.-B. begegnen, der gleiche, wie der in den Quellen enthaltene? Der erste Entwurf spricht bei den Gegenansprüchen des Besitzers in § 936 nur von Verwendungen, ohne diesen Begriff hier noch weiter zu unterscheiden. An anderer Stelle z. B. in seinem § 464 spricht er von notwendigen Verwendungen, man überliess es aber der Rechtswissenschaft, aus den betreffenden Bestimmungen die Be-

[1]) Leist a. a. O. Seite 24.

[2]) Dernburg: Pandekten 5. Auflage Seite 227.

deutung eines solchen Begriffes zu entwickeln. [1]) Dieser Mangel des ersten Entwurfes ist von vielen Seiten getadelt worden.[2]) Der zweite Entwurf nahm die erwünschte Scheidung vor und ebenso das B.-G.-B. in §§ 994 und 995, ohne jedoch diesen Begriff zu definieren.

Das Wort „notwendige Verwendungen" als getreue Uebersetzung von impensae necessariae zeigt zum mindesten eine Verwandtschaft mit letzterem. Dass wir aber den reinen römischen Begriff, wie ihn uns *Petrazycki* erläutert hat, annehmen können, scheint deshalb nicht möglich, weil das B.-G.-B. unter die notwendigen Verwendungen in §§ 994, 995 „die gewöhnlichen Erhaltungskosten" und die Aufwendungen zur Bestreitung ordentlicher Lasten rechnet, somit also von dem Grundprinzip der impensae necessariae, dass sie nämlich als Kapitalverwendungen einmalige, nie aber periodische sein müssen, abweicht. Das B.-G.-B. bezeichnet ferner als „notwendige Verwendungen" in § 994 Abs. 1 die aussergewöhnlichen Erhaltungskosten und in § 995 die „ausserordentlichen Lasten, die als auf den Stammwert der Sache angelegt zu betrachten sind." Die letzteren definieren die Motive[3]) als solche, „die nach den Intentionen der dieselben auferlegenden Anordnungen nicht aus dem Ertrag der Sache, sondern aus deren Stammwert bestritten werden sollen." Zu einer genauen Begriffsbestimmung giebt somit das B.-G.-B. sehr wenig Stoff.

Dernburg[4]) will den reinen *Petrazycki*'schen Begriff übernommen wissen, ihm schliesst sich auch *Kober*[5]) an, ebenso *Meisner*. Anderer Meinung ist *Biermann*,[6]) der von den not-

[1]) Motive a. a. O. Seite 31.

[2]) Zusammenstellung der gutachtlichen Aeusserungen zum Entwurf eines B.-G.-B. Band III. Aeusserungen zum Sachenrecht Seite 204.

[3]) Motive a. a. O. Seite 516.

[4]) Dernburg, Sachenrecht a. a. O. Seite 352.

[5]) Kober, Sachenrecht in Staudinger's Kommentar znm B.-G.-B. Anmerkung 2 zu § 994. Meisner, Kommentar zum B.-G.-B. 3. Band Sachenrecht Seite 145 Nr. 1.

[6]) Biermann, Kommentar zum B.-G.-B. das Sachenrecht Anm. zu § 994.

wendigen Verwendungen nur verlangt, dass sie zur Erhaltung der Sache unentbehrlich sind. Wir werden uns dieser Ansicht anzuschliessen haben, und zwar aus folgenden Gründen. Dass die notwendigen Verwendungen nicht dem reinen römischen Begriff entsprechen können, ist schon oben erwähnt. Bedeuteten ferner die notwendigen Verwendungen dasselbe wie die impensae necessariae, so wäre es gar nicht denkbar, dass bei ihrem Ersatz es vom Belang ist, ob sie von einem redlichen oder unredlichen Besitzer vorgenommen werden, denn in jedem Falle steht es doch vollkommen fest, was das Interesse der Wirtschaft erfordert. Das B.-G.-B. gewährt aber, wie wir unten sehen werden, dem unredlichen Besitzer einen geringeren Ersatz, wie dem redlichen. Ferner sagen die Motive,[1]) dass der Begriff der Verwendungen (also auch der notwendigen,) „der bisherigen Theorie und Praxis völlig geläufig ist." Besonders die Theorie betrachtete bis vor Kurzem die impensae necessariae als solche, welche zur Erhaltung der Sache dienen. Was ist daher wahrscheinlicher, als dass dieser Begriff auch in das B.-G.-B. aufgenommen ist. Wir wollen daher mit *Biermann*[2]) im Gegensatz zum römischen Rechte die notwendigen Verwendungen als solche bezeichnen, die „zur Erhaltung der Sache unentbehrlich sind."

b sonstige Verwendungen.

§ 5.

α. im corpus iuris

1. impensae utiles.

Ulpian, der uns im Digesten-Titel: De impensis in res dotales Definitionen der einzelnen Verwendungen giebt, sagt in l. 5 § 3 D. 25, 1: Utiles impensae sunt, quas maritus utiliter fecit, remque meliorem uxoris fecerit, hoc est dotem. Derselbe Jurist[3]) nennt in seinen Fragmenten VI, 16 die impensae utiles solche, quibus non factis deterior res non

[1]) Motive a. a. O. Seite 31.

[2]) Biermann a. a. O. Anmerkung zu § 994.

[3]) Ulpian: Liber singularis regularum ed. Krueger.

fieret, factis autem fructuosior effecta est. *Paulus* bezeichnet sie in l. 29 § 2 D. 20, 1 als sumptus, quatenus pretiosior res facta est; in l. 79 D. 50, 16 nennt sie *Fulcinius* solche, quae meliorem dotem faciant, non deteriorem esse non sinant, ex quibus reditus mulieri acquiratur.

Schon aus diesen Definitionen ergiebt sich ein, wenn auch nicht immer streng durchführbarer Unterschied der impensae utiles von den necessariae.[1]) Während nämlich diese einen mehr negativen Zweck insofern verfolgen, als durch ihre Vornahme verhütet wird, dass das Getriebe einer geordneten Wirtschaft Schaden erleide, ist die Wirkung einer impensa utilis immer eine positive, durch ihre Vornahme erfährt die Wirtschaft stets eine „Erweiterung oder Vergrösserung."[2]) Ein scharfes Kriterium ist es nicht, wenn *Windscheid*[3]) die impensae utiles als solche bezeichnet, „welche den Nutzen der Sache erhöhen", ebenso wenig, wenn *Dernburg*[4]) von ihnen behauptet, dass sie die Rente steigern. All dieses könnte, wie wir gesehen haben, auch die Folge einer impensa necessaria sein. Das Entscheidende wird vielmehr darin zu finden sein, dass die Vornahme der impensae utiles nicht dem Bedürfnis der Wirtschaft, sondern mehr dem Unternehmungsgeiste des Besitzers entspringen. Wir werden sie daher am passendsten mit *Petrazycki*[5]) definieren „als einmalige Kosten der erfolgreichen Erweiterung der Wirtschaft über die bestehenden Grenzen hinaus." In den Quellen finden wir folgende Beispiele für impensae utiles: Die arbusti pastinatio ultra, quam necesse fuerat in l. 79 § 1 D. 50, 16. In demselben Paragraphen finden wir auch das pistrinum vel horreum als eine impensa utilis bezeichnet, während doch *Labeo* in l. 1 § 3 D. 25, 1 dieselben als impensae necessariae hinstellt. Dieser scheinbare Zwiespalt

[1]) Sell a. a. O. Seite 285.

[2]) Petrazycki a. a. O. Seite 297.

[3]) Windscheid, Lehrbuch des Pandekten-Rechtes 7. Auflage Band 1 § 195 Anmerkung 6.

[4]) Dernburg, Pandekten 3. Auflage Band 1 § 227.

[5]) Petrazycki a. a. O. Seite 297.

löst sich jedoch einfach; an der zuletzt zitierten Stelle finden wir nämlich den Zusatz: si necessario factum sit, d. h. in diesem Fall ist also die Stampfmühle oder die Scheuer für die geordnete Wirtschaft ganz unentbehrlich, in l. 79 cit. würde jedoch die Wirtschaft durch das Wegbleiben dieser Einrichtungen keinen Schaden erleiden, durch deren Anschaffung würde vielmehr der Eigentümer nur einen Vorteil haben, er würde also durch sie vielleicht die Ernte bequemer bewältigen können.

Das Erbauen eines Hauses in l. 27 § 5 D. 6, 1. [*Pernice*[1]) will allerdings die inaedificatio überhaupt nicht als impensa gelten lassen, da es sich anders, wie bei diesen, hier darum handelt, wie der Besitzer gegen den Civilrechtssatz: superficies solo cedit zu schützen sei.]

Die Anlegung einer Pflanzung von jungen Obstbäumen, sowie die Vergrösserung eines Gebäudes durch Anbau eines Ladens in l. 6 D. 25, 1. Das Anschaffen von Vieh zur Bedüngung des Grundstückes in l. 14 § 1 D. 25, 1. In l. 6 D. 25, 1, l. 28 D. 6, 1: das artes docere an Sklaven, doch muss die ars nach l. 27 D. 13, 7 si quidem artificiis necessariis eine objektiv unentbehrliche sein. Bei anderen beweglichen Sachen ist eine häufig vokommende Art von impensae utiles das Beschreiben und Bemalen: *Gaius*[2]) Institutionen II §§ 77, 78. Eine Spezification wird aber natürlich nur dann als Verwendung zu gelten haben, wenn sich das neue Produkt wieder auf die alte Gestalt des Stoffes zurückführen lässt: [l. 7 § 7 D. 41, 1] weil ja sonst der Specificant Eigentümer der neu gestalteten Sache wird.[3]) *Leist,* der uns eine Zusammenstellung von utiles impensae giebt, begeht dabei jedoch einige Fehler, so zählt er die Litisästimationssumme für eine Sache, sowie die Bezahlung des Schadens, den ein Sklave angerichtet hat, anstatt noxae deditio unter die

[1]) Pernice: Labeo a. a. O. Seite 381.

[2]) Gaius, Institutionen-Ausgabe von Lachmann.

[3]) Fabricius, Dissertation, de impensis secundum ius Romanum. Breslau 1861 Seite 27

impensae utiles.[1]) Das ist aber durchaus unrichtig.[2]) Wir haben gesehen, dass nicht die refectio eines jeden aedificium ruens als impensa necessaria aufzufassen sei, dass vielmehr das aedificium ein für den Vindikanten utile d. h. ein der Wirtschaft förderliches sein müsse; ebenso sind auch die Worte des *Gaius* in l. 39 pr. D. 5, 3 aufzufassen: cum id utilius est, quam ipsos dedi d. h. die Sache muss für den Eigentümer von Nutzen sein. Dadurch aber, dass der Eigentümer sie vindiziert, beweist er dies, mithin sind die Litisästimationssumme, wie die Noxalsumme unter die impensae necessariae zu rechnen. Ebenso unrichtig ist es, wenn *Leist*[3]) Wert darauf legt, ob die Verwendung in bona fide geschah oder nicht, für das Vorhandensein einer impensa utilis ist das doch völlig gleichgiltig.[4])

2. Impensae voluptuariae.

Als letzte Klasse der impensae in rem erwähnt *Paulus* in l. 79 § 2 D. 50, 16 die voluptuariae impensae und bezeichnet sie als solche, quae speciem dumtaxat ornant, non etiam fructum augent. Voluptuariae autem impensae sunt, quas maritus ad voluptatem fecit et quae species exornant, so sagt *Ulpian* in l. 7 D. 25, 1. Eine negative Begriffsbestimmung giebt uns dieser Jurist in seinen Fragmenten[5]) VI § 17, wenn er sagt voluptuariae sunt. quibus neque omissis deterior dos fieret, neque factis fructuosior effecta est. *Donellus*[6]) nennt sie super vacuae impensae.

Dieser Begriff der voluptuariae ist ein äusserst flüssiger und theoretisch schwer bestimmbarer. Die Quellen bringen als Beispiele für derartige Verwendungen aquae salientes, incrustationes, loricationes, picturae in l. 79 § 2 D. 50, 16,

---

[1]) Leist a. a. O. Seite 29.
[2]) Fabricius a. a. O. Seite 27, 28.
[3]) Leist a. a. O. Seite 28 Nr. 4.
[4]) Petrazycki a. a. O. Seite 301, 302, Anmerkung 1.
[5]) Ulpian: liber singularis regularum a. a. O.
[6]) Hugo Donellus: opera omnia Band 5, Buch 20, cap. VII.

balinea extruere in l. 14 D. 25, 1, picturarum et marmorum et ceterarum voluptuariarum rerum impensas in l. 39 § 1 D. 5, 3, ostium vel quaedam alia aedificio adicere in l. 19 § 4 D. 19, 2, colonas et picturas et marmora et sigilla et si quid ad domus ornatum in l. 13 § 7 D. 7, 1.

Für diese Art von Verwendungen dürfte sich wohl kaum, wie bei den impensae necessariae und utiles, eine positive Definition finden lassen. Wenn sie nämlich *Dernburg*[1]) als Luxusausgabe fassen will, *Windscheid*[2]) als Verwendungen, welche nur dem Vergnügen dienen, so wird hierbei wohl übersehen, dass wir in diese Kategorie auch solche Verwendungen werden zu rechnen haben, die nicht allein der voluptas, dem Affektionsinteresse des Verwendenden entspringen, z. B. impensae, die jemand aus Leichtsinn oder Unerfahrenheit vornimmt.[3])

Auch *Leist*[4]) bemüht sich, eine allgemeine und positive Begriffsbestimmung zu geben. Er behauptet, dass diese impensae lediglich auf dem subjektiven Willensmoment auf Seiten des Besitzers beruhen, das ist aber wohl unrichtig, denn necessariae und utiles impensae entstammen doch auch dem Willen des Besitzers, der sie vornimmt.[5])

Wenn *Leist* ferner in dem Bestreben, einen positiven Begriff zu schaffen, sagt, die voluptuariae beruhen „lediglich" auf dem Willen des Verwenders, so bringt er ja wieder ein negatives Moment in seine Definition, indem er implicite die necessariae und utiles ausschliesst.[6])

Wir werden daher gut thun, uns der Ansicht von *Ulpian* anzuschliessen und als impensae voluptuariae alle die zu bezeichnen, die weder impensae necessariae noch utiles sind.

Es lässt sich aber wohl der Fall denken, dass eine

---

[1]) Dernburg, Pandekten § 227, 3. Auflage, 1. Band.

[2]) Windscheid, Lehrbuch des Pandekten-Rechtes § 195, Anmerkung 10, Band 1.

[3]) Leist a. a. O. Seite 32.

[4]) Leist a. a. O. Seite 30 ff.

[5]) Windscheid a. a. O. § 195, Anmerkung 10, Band 1

[6]) Fabricius a. a. O. S. 31.

impensa voluptuaria dadurch wertvoll wird, dass der Eigentümer die Sache feil hält und infolge der Verwendung einen höheren Preis für sie erzielt. In diesem Falle aber wird natürlich, wie schon aus den Ausführungen des vorigen Abschnittes ersichtlich ist, die impensa voluptuaria zur utilis: l. 10 D. 25, 1 quod si hae res, in quibus impensae factae sunt, promercales fuerint, tales impensae non voluptuariae, sed utiles sunt, ebenso in l. 29 D. 6, 1 nisi si venalem eum habeas et plus ex pretio eius consecuturus sis propter artificium.[1])

β. im B.-G.-B.

„Andere als notwendige Verwendungen".

Das B.-G.-B. nimmt eine weitere Einteilung der ausser den notwendigen Verwendungen noch vorkommenden Impensen nicht vor. Es fasst alle sonstigen Verwendungen unter dem Begriff zusammen: „Andere als notwendige Verwendungen". Irgend welchen Anhalt zu einer Bestimmung dieses Begriffes giebt uns das Gesetz nicht; sie den impensae utiles gleich zu stellen, wie es *Weyl*[2]) thut, ist nicht zu billigen. Ersetzt werden solche andere als notwendige Verwendungen freilich nur, wenn sie wertsteigernd wirken, was aber hier an dieser Stelle für uns nicht in Betracht kommt. Als unklar und zweifelhaft ist wohl auch die Ausdrucksweise von *Dernburg*[3]) und *Cosack* hinzustellen, welche die „anderen als notwendigen Verwendungen" als „nützliche" bezeichen.

Wir müssen uns vielmehr gegenwärtig halten, dass das B.-G.-B. durch seinen Begriff hier zweifellos eine Resteinteilung vornimmt und werden daher mit *Kober*[4]) und *Leske*[5]) annehmen können, dass es mit seinem Ausdruck sowohl die impensae utiles, als die voluptuariae umfasst.

---

[1]) Leist a. a. O. Seite 30.

[2]) Weyl, Vorträge über das B.-G.-B. Seite 66.

[3]) Dernburg, Sachenrecht a. a. O. Seite 352. Cosack, Lehrbuch des deutsch.-bürg. Rechts, 2. Band, 1. Abteilung Sachenrecht Seite 167.

[4]) Kober a a. O. Anmerkung 1 zu § 996.

[5]) Leske, B.-G.-B. und Preuss. allgemein. Landrecht, 1. Hälfte, S. 439.

B. Ersatzansprüche wegen Verwendungen.

I. Ersatz von Einkommenverwendungen.

§ 6.

Schon die Römer kannten in ihrer hoch entwickelten Kultur den Grundsatz des wirtschaftlichen Lebens, dass die laufenden Verwendungen nicht das Stammkapital, sondern die Nutzungen belasten. Zur Entwickelung dieses Satzes gab ihnen das Dotalrecht den Anlass, denn hier trat „der wirtschaftliche Zweck der Einteilung der Güter, in Kapital und Einkommen" besonders scharf hervor.[1]) Der eigentliche Zweck der dos wurde, wie man richtig erkannte, nur dann erfüllt, wenn die Bestreitung der ehelichen Lasten aus den Früchten der dos, nicht etwa aus dem Stammkapital erfolgte. Diese periodischen Verwendungen lösen sich von dem gesammten Kreis der Impensen los „und balancieren sich selbständig mit der Fruchtziehung."[2])

Hier möge erläutert werden, wie der Besitzer für solche impensae in fructus befriedigt wurde. Betrachten wir zuerst die Frage, auf welche Art laufende Verwendungen in dem Falle zu vergüten sind, wenn Früchte herausgegeben

[1]) Petrazycki a. a. O. Seite 160.
[2]) Leist a. a. O. Seite 14.

werden, so finden wir in den Quellen unzweifelhafte Entscheidungen darüber, dass das corpus iuris Früchte erst nach Abzug der laufenden Impensen überhaupt als Früchte ansah:[1]) l. 46 D. 22, 1: quod in fructus redigendos impensum est, non ambigitur ipsos fructus deminuere debere, l. 36 § 5 D. 5, 3 fructus intelleguntur deductis impensis, quae quaerendorum eorum gratia fiunt, ebenso l. 38 § 14, D. 22, 1, l. 7 pr. D. 24, 3. Also „nur der Reinertrag, nur was nach Abzug der darauf verwandten Kosten übrig bleibt, ist Fruchtgewinn".[2]) Die laufenden Verwendungen dürfen aber nicht unmässige sein, sie müssen vielmehr einer ordentlichen Bewirtschaftung entsprechen, l. 1 C. 7, 51 hoc fructuum nomine continetur, quod iustis sumptibus deductis superest. Hat also der Besitzer Früchte herauszugeben, so kann er sich von ihnen, respektive deren Wert, eigenmächtig die angemessenen laufenden Verwendungen abziehen und diese Regel gilt nicht nur für den gutgläubigen Besitzer, es heisst vielmehr in l. 36 § 5 D. 5, 3: quod . . etiam in praedonibus naturalis ratio expostulat. Diese Grundsätze sind so klar, dass es einer eingehenden Erörterung nicht bedarf.

Dass das B.-G.-B. auch an dem Grundsatz festhält, dass die laufenden Verwendungen nur das Einkommen belasten, ist selbstverständlich. Es kennt jedoch, wie wir in § 3 gesehen haben, einen einheitlichen Begriff für periodische Impensen, wie das corpus iuris, nicht; wir werden daher zu untersuchen haben, wie für die einzelnen Arten der laufenden Verwendungen der Besitzer Ersatz erhält, wenn Früchte herausgegeben werden. Betrachten wir zunächst die „auf die Gewinnung der Früchte verwendeten Kosten", so finden wir, dass der Besitzer für sie nach § 102 Ersatz insoweit verlangen kann, „als sie einer ordnungsmässigen Wirtschaft entsprechen und den Wert der Früchte nicht übersteigen." Hier ist der Unterschied von den eben erwähnten Vorschriften

---

[1]) Sell a. a. O. Seite 281.

[2]) Gesterding, Ausführliche Darstellung der Lehre vom Eigentum, S. 373.

des corpus iuris in die Augen springend. Der heutige Besitzer darf sich nicht wie in Rom seine laufenden Verwendungen abziehen, er hat vielmehr die Früchte zu restituieren, kann jedoch für seine Fruchtbestellungskosten selbstständig Ersatz verlangen. Sonst aber giebt der § 102 gleiche Vorschriften wie das corpus iuris, denn es heisst: „Der Besitzer" also sowohl der gut- wie der bösgläubige Besitzer hat diesen Anspruch, ebenso müssen die Verwendungen iusti sein, „einer ordnungsmässigen Wirtschaft entsprechen", ferner werden ebenso wie im römischen Rechte diese Verwendungen höchstens bis zum Werth der Bruttofrüchte ersetzt. Betragen sie mehr, so ist nach dem corpus iuris ein deducere nicht möglich. Der Besitzer würde hiernach überhaupt keine Früchte zu restituiren haben, also auch keinen Ersatz für die impensae in fructus verlangen können. (s. u.)

Nach B.-G.-B. aber würde der Besitzer zwar die Früchte herauszugeben haben, könnte aber Ersatz nur bis zu deren Wert verlangen, mit dem Rest fällt er aus. Betrachten wir die „gewöhnlichen Erhaltungskosten", so ergiebt sich aus § 994, dass diese zu ersetzen sind für die Zeit, wo ihm die Nutzungen nicht verbleiben, das gleiche ergiebt sich nach § 995 für die Aufwendungen zur Bestreitung für ordentliche Lasten. Diese Impensen sind aber notwendige und als solche dem gutgläubigen Besitzer voll zu ersetzen, auch hier ist natürlich von einer selbständigen Minderung wie im corpus iuris nicht die Rede; ist aber der Besitzer im bösen Glauben, oder ihm die Eigentumsklage schon zugestellt, so erhält er für die erwähnten periodischen Verwendungen nur wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag Ersatz nach § 994 Absatz 2.

Hierin ergiebt sich also ein wesentlicher Unterschied zum corpus iuris, das für impensae in fructus, sowohl dem bonae, wie dem malae fidei possessor vollen Ersatz zusichert. Andrerseits behandelt aber das B.-G.-B. den Besitzer, in dem Falle besser, wenn die gewöhnlichen Erhaltungskosten und die gewöhnlichen Lasten die herauszugebenden Früchte

übersteigen; denn auch hier werden ja, anders wie im corpus iuris, diese Verwendungen unabhängig von der Höhe der Früchte, die der Vindikant erhält, selbständig zu ersetzen sein. Hier wäre es also möglich, dass der Eigentümer mehr laufende Verwendungen zu bezahlen hätte, als er Nutzungen bekommt. Praktisch wird aber in solchem Falle der Eigentümer natürlich die Nutzungen nicht herausverlangen, sodass sie nach § 994 Abs. 1 Satz 2 und § 995, Satz 2 „dem Besitzer verbleiben" und der Eigentümer daher die erwähnten Verwendungen, wie wir unten sehen werden, nicht zu ersetzen braucht.[1])

Werden keine Nutzungen herausgegeben oder ersetzt, so verbleiben sie dem Besitzer entweder, oder sie sind casu untergegangen. Im ersten Falle kann nach römischem Recht Ersatz für impensae in fructus nicht verlangt werden: l. 13 D. 25, 1: neque stipendium, neque tributum ob dotalem fundum praestita exigere vir a muliere potest, onus enim fructuum haec impendia sunt. Der Ehemann also, der die Früchte der dos behält, hat auch die Lasten, die nach dem Wirtschaftsplan auf jene fallen, zu tragen. Ebenso l. 7 § 16 D. 24, 3, l. 16 D. 25, 1: eas vir ex suo facit nec ullam habet eo nomine ex dote deductionem. Nach diesen Stellen ist es einleuchtend, dass, wenn der Besitzer keine Früchte restituiert, er auch für die laufenden Verwendungen nicht Ersatz verlangen darf.[2])

Auch im B.-G.-B. finden wir eine gleiche Vorschrift in § 994 Absatz 1, Satz 2 und § 995 Satz 2. Nach ihr hat also der Besitzer für die Zeit, für welche ihm die Nutzungen verbleiben, sowohl die gewöhnlichen Erhaltungskosten, als auch die Aufwendungen ordentlicher Lasten nicht zu ersetzen, denn auch das B.-G.-B. geht natürlich von dem Satze aus, dass der Besitzer, der den Nutzen der Sache hat, auch diese laufenden Verwendungen „das Korrelat der Nutzungen"

[1]) Cossack a. a. O. Seite 167.

[2]) Schmid, Handbuch des gemeinen deutschen bürgerlichen Rechtes 1. Band Seite 336.

tragen muss.[1]) Kraft Gesetzes „verbleiben“ nach § 993 dem gutgläubigen entgeltlichen Besitzer vor der Rechtshängigkeit die Nutzungen mit Ausnahme der Früchte, „die nicht als Ertrag der Sache anzusehen sind“, dem Besitzer „verbleiben“ aber, wie schon oben bemerkt, auch die Nutzungen, welche der Eigentümer, trotzdem er ein Recht darauf hätte, nicht herausverlangt. In diesen Fällen gelten also auch nach B.-G.-B. Vorteil und Nachteil, ohne dass irgend eine Berechnung stattfindet, als gegeneinander aufgehoben.

Für den Fall, dass die Früchte deshalb nicht herausgegeben werden, weil sie casu untergegangen sind, findet sich eine ausdrückliche Bestimmung im corpus iuris nicht. Man ist sich aber jetzt darüber einig, dass hier von einer Ersatzpflicht[2]) für impensae in fructus nicht die Rede sein kann.[3]) Anderer Ansicht ist *Cuiacius,*[4]) Dieser Jurist verwechselt aber offenbar die Erbschaftsklage,[5]) dieser gegenüber kann nämlich der gutgläubige Besitzer nach l. 37 D. 5, 3 für die impensae in fructus Ersatz verlangen, auch wenn er keine Früchte perzipiert hat. Diese Vorschrift ist aber auf die rei vindicatio nicht analog auszudehnen.[6]) Wir werden vielmehr dabei beharren müssen, dass die impensae in fructus ein den Früchten anhaftender, den Bruttoertrag mindernder Faktor ist, der gar nicht zur Entstehung kommt, wenn Früchte weder herausgegeben noch ersetzt werden.[7])

Auch das B.-G.-B. giebt keine ausdrückliche Bestimmung für den Fall, dass die Früchte casu untergehen. Es wäre aber der Billigkeit widersprechend, wollte es etwas anderes vorschreiben als das corpus iuris. Betrachten wir

[1]) Biermann a. a. O. Bemerkung zu 994.

[2]) Sell a. a. O. Seite 281.

[3]) Schmid a. a. O. Seite 336.

[4]) Cuiacius: Observationum et emendationum libri XXVIII liber X caput 1.

[5]) Fabricius a. a. O. Seite 36.

[6]) Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten, 8. Teil, 1. Abteilung, Seite 301.

[7]) Göschen, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht, 2. Band, 1. Abteilung, Seite 63, Anmerkung 3.

den Ausdruck: „für die Zeit, für welche ihm die Nutzungen verbleiben", so heisst das doch nichts anderes, als „für die Zeit, für welche der Besitzer nicht verpflichtet ist, Nutzungen, die er zieht, dem Eigentümer zu restituieren." Gehen ihm aber die gezogenen Nutzungen unter, oder kann er aus irgend einem Grunde überhaupt keine ziehen, so ist das ein Unglück, das er hinnehmen muss und allein zu tragen hat.

Eine Sonderbestimmung findet sich im B.-G.-B. § 998 bezüglich der Bestellungskosten bei landwirtschaftlichen Grundstücken „eine Vorschrift, die man aufnahm, weil sie eine Lücke in der Gesetzgebung ausfülle.[1]) Was unter einem landwirthschaftlichen Grundstück zu verstehen ist, darüber geben die Protokolle Auskunft. Man dachte sich darunter ein Ackergrundstück.[2]) Mit Recht verwirft aber *Biermann*[3]) diese Auffassung als zu eng und will die Vorschrift des § 998 auf alle Grundstücke angewendet wissen, „die der Production von Nutzpflanzungen oder der Viehzucht gewidmet sind."

Dass die zeitliche Bestimmung des im § 998 angegebenen Wirthschaftsjahres zu Zweifeln Anlass geben konnte, bedachte man wohl, von der Festlegung seines Inhalts sah man jedoch ab.[4]) Wir werden uns daher unter dem Wirtschaftsjahr nicht einen für alle Früchte gleichen Zeitraum zu denken haben, vielmehr wird dessen Umfang bei jeder besonderen Fruchtart im einzelnen zu bestimmen sein.[5]) — Die Vorschrift des Paragraphen regelt den Fall, dass ein landwirtschaftliches Grundstück herauszugeben ist zwischen der Bestellung und der Ernte, also zu einer Zeit, wo die Früchte noch nicht getrennt, daher als wesentliche Bestandteile (§ 93) herauszugeben wären. Hier sollen „dem Besitzer", mithin dem gut- wie dem bösgläubigen, die Bestellungskosten, soweit sie auf die noch innerhalb des Wirtschafts-

---

[1]) Protokolle der 2. Kommission a. a. O. Seite 4001.
[2]) Protokolle a. a. O. Seite 4086.
[3]) Biermann a. a. O. Bemerkung zu § 998.
[4]) Protokolle a. a. O. 4001.
[5]) Biermann a. a. O. Bemerkung zu § 998.

jahres zu trennenden Früchte verwendet sind, ersetzt werden. Dieser Erstattungsanspruch findet aber, ebenso wie in § 102, seine Grenzen in dem Wert der Früchte. Der Besitzer trägt daher die Gefahr, sein Anspruch fällt also weg, wenn die Früchte vor der Herausgabe des Grundstückes casu untergehen. Der Zweck der hiermit gegebenen Bestimmung ist offenbar der,[1]) zu verhindern, dass der gutgläubige Besitzer, der an seinem Rechte zweifelhaft geworden ist, und ebenso der bösgläubige Besitzer, aus Furcht für die Bestellungskosten keinen Ersatz zu erhalten, die Bewirtschaftung überhaupt unterlassen, und dass somit dem Eigentümer ein bei weitem höherer Schaden erwachse, als die durch § 998 bestimmte Ersatzpflicht betragen würde. Diese Vorschrift ist dem corpus iuris fremd, ebenso auch dem ersten Entwurfe des B.-G.-B., da sie erst durch die Beratungen der zweiten Kommission in unser Gesetz gekommen ist.

II. Ersatz von Kapitalverwendungen.

a. Anrechnung von Nutzungen auf Kapitalverwendungen.

§ 7.

Bevor wir auf den eigentlichen Ersatz der Kapitalverwendungen eingehen, wird es unsere Aufgabe sein, noch eine Eigentümlichkeit des römischen Rechtes zu betrachten, das einen vollbegründeten Verwendungsanspruch unter Umständen einschränkte oder gänzlich aufhob. Es wird nämlich in l. 48 D. 6,1 gesagt, dass der Besitzer für seine Impensen Ersatz nur fordern könnte: scilicet, si fructuum ante litem contestatam perceptorum summam excedant, et enim admissa compensatione superfluum sumptum meliore praedio facto dominus restituere cogitur.

Zuvörderst müssen wir die Ansicht von Glück[2]) zurück-

[1]) Biermann a. a. O. Bemerkung zu § 998.

[2]) Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten, 8. Teil, 1. Abteilung, Seite 308.

weisen, der von „genossenen“ Früchten spricht. Ebenso unrichtig drücken sich die Motive[1]) aus. Es handelt sich aber in unserer Stelle gar nicht um fructus consumpti, sondern um percepti.

Papinian behandelt in l. 48 D. 6,1 den Fall, dass ein gutgläubiger Besitzer auf ein fremdes Grundstück Verwendungen gemacht, aber vor der litis contestatio auch Früchte gezogen hat. Hier, sagt er, kann der bonae fidi possessor nur in soweit Ersatz verlangen, als er durch die perzipierten Früchte nicht bereits gedeckt ist. Von einer Konpensation im technischen Sinne kann hier von vornherein schon aus dem Grunde nicht die Rede sein, weil doch nur mit einer Schuld aufgerechnet werden kann. Die Gesammtsumme der percepti wird aber zweifellos nicht geschuldet; es ist dies vielmehr nur ein Abzug, den der Richter vornimmt.[2]) Dieser untersucht, wie hoch sich die Verwendungen belaufen, ferner, wieviel die ante litem contestatam gezogenen Früchte wert sind, und vergleicht beide Summen miteinander. In l. 48 cit. ergiebt sich, dass der Besitzer mehr Verwendungen auf die Sache gemacht, als Früchte lukriert hat, darum kann er den Ueberschuss geltend machen; es kommt also hier die Frage gar nicht in Betracht, ob sie vom Besitzer bereits consumiert oder, ob sie noch in natura vorhanden sind. Die Hauptsache ist, dass sie überhaupt von ihm gezogen und somit nach l. 48 pr. D. 41 1 das Eigentum an ihnen erworben ist, wohl müssen wir *Czyhlarz*[3]) zugeben, dass hier Früchte gleichbehandelt werden, an welche sonst ein verschiedener Massstab gelegt wird: consumpti et extantes, doch diese Scheidung ist für unseren Fall ja gleichgiltig, beide Klassen von

---

[1]) Motive a. a. O. Seite 413.

[2]) Petrazycki, die Fruchtverteilung beim Wechsel der Nutzungs-Berechtigten, Seite 115.

[3]) Czyhlarz, die Eigentumserwerbsarten des Pandektentitels de adquirendo rerum dominio 41, 1 (Separatausgabe von Glück's Pandektenkommentar, Serie der Bücher 41, 42, Teil 1) 1. Band Seite 566—571.

Früchten fallen unter den weiteren Begriff der percepti, und von diesem ist hier die Rede. *Czyhlarz* will ferner, um unsere Stelle zu erklären, von der herrschenden Ansicht, dass der bonae fidei possessor nur fructus extantes herauszugeben hat, abweichen und annehmen, dieser habe überhaupt keine vor der Litiskontestation perzipierten Früchte zu restituieren. Das ist doch wohl sehr gewagt, und auserdem zwingt l. 48 D. 6, 1 nicht zu dieser Annahme. Nehmen wir den Fall an, die Früchte übersteigen die aufgewendeten Impensen, hier käme erst, anders wie in l. 48 cit. die Frage in Betracht, ob Früchte in Natura da sind oder nicht, nur im ersten Falle sind solche zu restituieren.

Ganz anders muss sich das natürlich nach der Litiskontestation verhalten, denn hier ist ja die Perzeption allein nicht massgebend, hier haftet der Besitzer schärfer, es kommen auch fructus percipiendi in Betracht, aber die percepti werden natürlich hier ebenfalls auf den Verwendungsanspruch angerechnet werden müssen, da sie ja vollständig herauszugeben sind.[1])

Eine Anwendung von diesen Grundsätzen machen die römischen Juristen in l. 32 D. 6, 1. Es handelt sich hier um den Fall, dass der Besitzer auf einen fremden Sklaven dadurch impensae utiles macht, dass er ihn in einer Kunst unterrichten lässt; es fragt sich nun, in wie weit der Besitzer solche Verwendungen dem Eigentümer gegenüber geltend machen kann. Da entscheidet nun *Modestinus:* quod si artificem fecerit, post vicesimum quintum annum impensae factae poterunt pensari. Der Jurist nimmt also an, dass der Sklave bis zu seinem 25. Jahre dem Besitzer durch seine Kunst soviel eingebracht hat, dass die fructus [in diesem Falle die operae gemäss l. 4 D. 7, 7] die auf die Erlernung verwendeten Kosten decken. Wird also der servus nach Erreichung des 25. Lebensjahres vindiciert, so hat der Besitzer nicht das Recht, die

[1]) Dernburg, die Geschichte und Theorie der Kompensation nach römischem und neuerem Recht, II. Auflage, Seite 344 Anmerkung 1.

auf die Erlernung der Kunst gemachten Verwendungen zu verlangen. Die Folge davon muss sein, dass, wenn der Sklave früher vindiziert wird, der Richter wird zu untersuchen haben, ob überhaupt und in wie weit der aus dem artificium des servus gezogene Vorteil die Erlernungskosten deckt.[1]) Anderer Ansicht ist *Cujacius,*[2]) der an dieser Stelle liest: post quintum annum und sich dabei auf l. 6 § 1 D. 7, 7 stützt. Diese Ansicht ist schon aus thatsächlichen Erwägungen als unrichtig zurückzuweisen, ausserdem verstösst sie gegen die allgemein übliche Lesart.[3]) Doch nicht auf impensae utiles allein, wie in l. 48 D. 6, 1 [meliore praedio facto] und in l. 32 D. 6, 1 beschränkt sich dieses Aufwiegen mit den gezogenen Nutzungen, es wird offenbar in l. 65 D. 6, 1 auch auf alle zu ersetzenden Verwendungen ausgedehnt. An dieser Stelle giebt nämlich *Papinian* dem bonae fidei possessor, der das Grundstück vom Pfandnexus befreit hat, das Recht, ausser der gezahlten Hypothekensumme noch Zwischenzinsen, usurae novae, zu verlangen,[4]) aber nur das superfluum usurarum, d. h. si minus in fructibus ante litem contestatam perceptis fuit. Auch da kommt es, wie in l. 48 cit. nicht darauf an, ob die fructus extantes oder consumpti sind, da auch hier die zu ersetzenden Verwendungen die Gesammtsunme der percepti übersteigen.[5])

In diesem Zusammenhange sagt *Papinian:* sumptuum in praedium factorum exemplo, er muss somit der Ansicht sein, dass ein solches Aufwiegen nicht nur bei impensae utiles, wie *Windscheid*[6]) meint, stattfinden soll, sondern bei allen impensae, die für die Ersatzpflicht überhaupt von Belang sind.[7])

---

[1]) Sell a. a. O. Seite 279.

[2]) Cujacius a. a. O., Buch 9, cap. 38, Seite 405.

[3]) Sell a. a. O. Seite 280.

[4]) Petrazycki, Fruchtverteilung a a. O. Seite 117.

[5]) Petrazycki, Fruchtverteilung a. a. O. Seite 117.

[6]) Windscheid, Lehrbuch des Pandekten-Rechtes 1. Band 7. Auflage Seite 584.

[7]) Glück a a. O Band 8 S. 308. Gesterding, S. 380, 381 a. a. O.

Dieses eigentümliche Aufwiegen von Vorteil und Nachteil, das offenbar dem Princip entspringt: neque (enim) damnum (intellegitur) nisi omni lucro deducto (l. 30 D. 17,2) bezeichnet *Donellus*[1]) als aequitas naturae und meint, dass der Besitzer, welcher Impensen verlangt, patiatur et hoc ius adversus se valere, ut, quod lucrum fecit ex re petitoris, id ei vice mutua desideranti restituat.

Ein ähnliches Aufwiegen von Vorteil und Nachteil, wie wir es soeben im römischen Recht kennen gelernt haben, finden wir im § 936 Absatz 2 des ersten Entwurfes zum B.-G.-B. Er lautet: „Auf den zu ersetzenden Betrag kommt der Reinertrag der gezogenen Nutzungen in Abzug, soweit zu deren Herausgabe in Gemässheit des § 930 eine Verpflichtung nicht besteht." Es wird also auch hier bestimmt, dass der gutgläubige Besitzer (dass es sich um einen solchen handelt, ergiebt die Verweisung auf § 930) auf seine Impensenforderung sich den Wert seines Nettogewinnes an Nutzungen anrechnen lassen muss, auch hier finden wir als Begründung dieser Massregel in den Motiven[2]) einen Hinweis auf die „Billigkeit und Zweckmässigkeit", die es erheischt, diese Ausnahme von der Kondiktionsfreiheit des Besitzers in Ansehung der Nutzungen aufzunehmen.

Man überzeugte sich jedoch später, dass die im Entwurf vorgesehene Berechnung leicht zu Schwierigkeiten führen, auch in ihrem Ergebniss häufig ungerecht sein werde.[3]) Man ging also hier wohl von den gleichen Erwägungen aus, wie sie *Gesterding*[4]) anstellte, indem er sich selbst einen Einwurf macht: „Es scheint freilich sonderbar zu sein, dass dem redlichen Besitzer die Früchte, die er einmal lucriert hat, auf solche Art wieder entzogen werden sollten." Allerdings verwirft *Gesterding* bald wieder einen derartigen Gesichtspunkt.

---

[1]) Donellus a. a. O. Buch 20 cap. 7 Nr. 27.
[2]) Motive a a. O. Seite 413, 414.
[3]) Protokolle a. a. O. Seite 3993.
[4]) Gesterding a. a. O. Seite 380, 381.

für das B.-G.-B. ist er aber massgebend geblieben, das entnehmen wir deutlich einem Beispiel, an dem man in den Beratungen in der zweiten Kommission die Unbilligkeit einer solchen Bestimmung nachwies.[1]) Wenn nämlich ein Besitzer kurz vor der Vindikation des Grundstückes auf diesem ein Gebäude errichtet hat, so müsste er sich von seinem Verwendungsanspruche die Nutzungen vielleicht der letzten 20 Jahre abziehen lassen.

Aus diesen Erwägungen heraus hat man die Vorschrift nicht in das B.-G.-B. aufgenommen, so dass sich hier ein erheblicher Unterschied zwischen den Bestimmungen des B.-G.-B. und des corpus juris findet.

b. Ersatz von impensae necessariae und notwendigen Verwendungen.

§ 8.

Sehen wir von jeder Anrechnung von Nutzungen ab und betrachten wir nunmehr den reinen, materiellen Ersatzanspruch, zunächst bei der wichtigsten Klasse von Verwendungen, den impensae necessariae und notwendigen Verwendungen, so finden wir beim gutgläubigen Besitzer eine völlige Uebereinstimmung des B.-G.-B. mit dem corpus iuris. § 994 Satz 1 lautet: „Der Besitzer kann für die auf die Sache gemachten notwendigen Verwendungen von dem Eigentümer Ersatz verlangen", das corpus iuris besagt dies deutlich in l. 65 D. 6, 1, l. 28 § 1 D. 24, 1. In dieser Beziehung geben also das B.-G.-B. und das corpus iuris völlig gleiche Bestimmungen. Ganz anders beim malae fidei possessor. Das römische Recht führt hier consequent den Grundsatz durch, dass die Höhe der Ersatzpflicht bei impensae necessariae eine durchaus feststehende ist, mag nun der Besitzer in bona oder mala fide sein: l. 5 C. 3, 32: cum malae fidei possessores eius, quod in rem alienam impendunt nullam habeant repetitionem, nisi necessarios sumptus fecerint.

[1]) Protokolle a. a. O. 3993.

Das Bedürfnis der Wirtschaft erforderte solche Auslagen, daher wäre der Eigentümer selbst gezwungen gewesen, dieselben vorzunehmen und deshalb hat er sie auch dem malae fidei possessor zu ersetzen.[1]) Ganz gleichgiltig ist es ferner für den Ersatzanspruch, ob die Verwendung gegenwärtig überhaupt noch vorhanden ist oder nicht, zur Zeit ihrer Vornahme war sie jedenfalls der Wirtschaft unentbehrlich und dadurch allein wird sie gerechtfertigt: l. 4, D. 25, 1: itaque, si fulserit insulam eaque exusta sit, impensas consequitur. Dass es sich auch hier immer um vollen Ersatz handelt, erscheint den römischen Juristen so selbstverständlich, dass sie dies des Näheren zu erörtern für überflüssig halten und nur bei anderer Gelegenheit es des Gegensatzes wegen kurz betonen. So in l. 5 § 1 D. 25, 1: si necessariis impensis satisfecerit, habita impensarum ratione; aber gerade aus diesen knappen und kurzen Bemerkungen geht die Richtigkeit unserer Behauptungen noch besonders deutlich hervor.[2]) In der That ist der Umfang der Ersatzpflicht für impensae necessariae ein durchaus feststehender, „durch den jeweiligen Zustand der Wirtschaft"[3]) ganz unzweideutig bestimmt.

Für diese überaus günstige Behandlung der impensae necessariae ist aber in einem Falle eine Grenze gesetzt; denn es spräche jedem Rechte Hohn, wollte das corpus iuris auch dem fur einen derartigen Ersatzanspruch zusichern. Zweifellos ist ihm ein solcher schon früh verweigert worden, ausdrücklich finden wir sonderbarer Weise eine derartige Vorschrift erst in einer Constitution des Kaisers Alexander l. 1 C. 8, 51: si non a fure vindicaberis.[4]) Dass aber dieser Satz schon in viel früherer Zeit den Juristen geläufig war, geht aus l. 13 D. 13, 1 hervor, in welcher *Paulus* vorschreibt,

---

[1]) Leist a. a. O. Seite 48.

[2]) Leist a. a. O. Seite 50.

[3]) Petrazycki, Einkommen a. a. O. Seite 303.

[4]) Pernice: Labeo, Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit, 2. Band, 1. Abteilung, 2. Aufl. Seite 388 Anm. 6.

dass der fur, der die Sache nicht herausgiebt, nicht nur die einfache Litisästimationssumme zu zahlen hat, sondern, dass diese sich noch erhöht um den Wert der impensae, den die Sache auf seine Kosten erlangt hat.[1])

Auf einem durchaus anderen Prinzipe steht der erste Entwurf zum B.-G.-B. Er kennt, wie wir schon gesehen haben, in § 936 den Begriff der notwendigen Verwendung nicht, steht vielmehr auf dem reinen Bereicherungsstandpunkt und machte hier keinen Unterschied zwischen dem redlichen und unredlichen Besitzer. Man glaubt dadurch für den Verwendungsanspruch eine feste Grundlage geschaffen zu haben.[2]) Der Gegensatz zum corpus iuris ist in die Augen springend, während man hier bei impensae necessariae nur ein „negotim utiliter coeptum“[3]) verlangte, forderte man im ersten Entwurf ein „negotium utiliter finitum“, dass also zur Zeit der Herausgabe der Sache eine Bereicherung des Eigentümers vorhanden sei Zu welchen Consequenzen das führen kann, ist ersichtlich, man denke nur daran, dass der Besitzer lange Zeit vor der Herausgabe der Sache notwendige Verwendungen vornimmt, die zur Zeit, wo er die Sache herausgeben muss, durch Zeitablauf wertlos geworden sein können, hier würde also der Besitzer für objektiv notwendige Verwendungen gar nichts erhalten.[4]) Die einzige Aehnlichkeit des 1. Entwurfes mit dem corpus iuris besteht darin, dass auch er den gutgläubigen Besitzer dem bösgläubigen gleichstellt. In das gerade Gegenteil verfiel der 2. Entwurf, der zwar eine volle Ersatzpflicht für notwendige Verwendungen kennt, einen derartigen Anspruch aber in § 908 Absatz 2 Satz 2 dem bösgläubigen Besitzer vollkommen abschlägt.[5]) Einen Mittelweg schlug das B.-G.-B. ein, welches in § 994 Absatz 2 dem bösgläubigen Besitzer und dem gutgläubigen

---

[1]) Schmid a. a. O. Seite 337.
[2]) Motive a. a. O. Seite 412.
[3]) Leist a. a. O. Seite 48.
[4]) Petrazycki, Einkommen a. a. O. Seite 316.
[5]) Simon a. a. O. Seite 60.

Besitzer nach der Rechtshängigkeit für notwendige Verwendungen einen Ersatzanspruch nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag gewährt. Man schwankte, ob der gutgläubige Besitzer nach Zustellung der Eigentumsklage auf eine Stufe mit dem bösgläubigen zu stellen sei, entschied sich aber doch für diesen Standpunkt aus der Erwägung, dass vom Augenblick der Rechtshängigkeit der gutgläubige Besitzer „mit der Möglichkeit rechnen müsse, dass er nicht zum Besitze der Sache berechtigt sei."[1])

Wie stellt sich nun die Ersatzpflicht des Eigentümers dem bösgläubigen Besitzer gegenüber bezüglich der notwendigen Verwendungen nach den Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag?

Es kommen hier speciell die Bestimmungen der §§ 683, 684 in Betracht, d. h. der Besitzer kann nur dann, und zwar wie ein Beauftragter, Ersatz seiner Verwendungen verlangen, wenn die Vornahme dieser Verwendungen dem Interesse des Vindikanten und dessen wirklichen oder mutmasslichen Willen entsprach oder wenn er sie genehmigt hat. Ist ein solcher Thatbestand gegeben, so hat also der Besitzer nach § 670 das Recht, Ersatz der Verwendungen zu fordern. Des Vorliegens dieser Voraussetzungen bedarf es jedoch gar nicht, wenn ohne die Vornahme der notwendigen Verwendungen einer öffentlichen Pflicht z. B. der Deichpflicht nicht genügt worden wäre.[2]) Ist aber auch davon nicht die Rede, so kann der Besitzer in bösem Glauben Ersatz seiner notwendigen Verwendungen nur unter dem Gesichtspunkte der ungerechtfertigten Bereicherung verlangen, d. h. er kann nicht nur das fordern, was sich in Folge der notwendigen Verwendungen noch gegenwärtig im Vermögen des Vindikanten befindet, sondern alles, was der Geschäftsherr aus der Vornahme der notwendigen Ver-

[1]) Protokolle a. a. O. Seite 8559.

[2]) Fischer-Henle, B.-G.-B. Handausgabe mit erläuternden Anmerkungen. Anmerkung 1 zu § 679.

wendung erlangt hat.[1]) — Zweifel können sich ergeben, wenn wir den § 999 Absatz 2 in Betracht ziehen. Denken wir uns den Fall, dass ein bösgläubiger Besitzer notwendige Verwendungen auf eine Sache macht, deren Eigentum nach der Vornahme dieser Verwendungen auf eine andere Person übergeht, die nunmehr vindizirt. Der wirkliche oder mutmassliche Wille welcher Person ist hier massgebend? Die Antwort kann nur lauten, dass hierbei auf die Person Rücksicht zu nehmen ist, die zur Zeit der Vornahme der Verwendung Eigentümerin war.[2])

In Folge dieser Regelung ist es wohl möglich, dass der bösgläubige Besitzer für notwendige Verwendungen mitunter überhaupt nichts erhalten wird, z. B. für Reparaturkosten an einem Hause, „das besser auf Abbruch verkauft wird“[3]) und dass er sich in anderen Fällen mit einem recht geringen Ersatz wird begnügen müssen. — Wie haben wir uns aber einen so überaus erheblichen Unterschied vom corpus iuris zu erklären? Den Weg, den *Simon*[4]) hierbei einschlägt, werden wir wohl als unrichtig verwerfen müssen, wenn er annimmt, dass die Vorschriften des B.-G.-B. in concreto doch immer zu einem Ersatz für alle notwendigen Impensen führen werden, denn damit müssten wir ja dem Gesetzgeber den Vorwurf machen, dass er in § 994 Abs. 2 eine völlig überflüssige Bestimmung geschaffen hätte. Wir werden uns den Unterschied vielmehr aus dem schon in unserem § 4 Gesagten herleiten müssen und annehmen, dass die durchaus verschiedene Behandlung, die der bösgläubige Besitzer hier erfährt, daraus zu erklären ist, dass der Begriff der notwendigen Verwendungen ein anderer ist, als der der impensae necessariae.

Ob der sogenannte Lösungsanspruch wenigstens für den bonae fidei possessor in das corpus iuris aufgenommen ist,

[1]) Planck: B.-G.-B., Lieferung 6, Erläuterung zu § 684, Seite 433, 1. und 2. Auflage.

[2]) Biermann a. a. O. Bemerkung 2 zu § 999.

[3]) Enneccerus und Lehmann, Das bürgerliche Recht, 2. Band, Seite 108.

[4]) Simon, Dissertation a. a. O. Seite 61.

d. h. das Recht auf Ersatz dessen, was er für den Erwerb der Sache gezahlt hat, ist bestritten.[1]) die Beispiele aber, die die Verteidiger einer solchen Ansicht anführen, besonders die l. 14, l. 16 C. 5, 71 können wir überhaupt nicht unter den Begriff der Verwendungen, wie wir ihn in § 2 definiert haben, unterbringen.[2]) Ferner ist man sich jetzt darüber klar, dass der von *Glück*[3]) und *Thibaut*[4]) herangezogene ganz singuläre Fall der l. 6 D. 49, 15 nicht hierher gehört. Wir werden daher wohl für das corpus iuris an dem in l. 3 pr. C. 3, 32 angegebenen Grundsatz festhalten müssen: sed rem tuam a possessore vindicare etiam non oblato pretio poteris.

Der erste Entwurf zum B.-G.-B. dagegen erkannte im § 939 den Lösungsanspruch des gutgläubigen Besitzers als voll berechtigt an in dem Fall, dass er an der Sache nur deshalb kein Eigentum erworben hat, weil sie gestohlen oder verloren worden ist.[5]) In das B.-G.-B. ist aber eine solche Bestimmung nicht übergegangen, weil man fürchtete, „dass sie der Hehlerei diene und dem unredlichen Besitzer gewissen Vorschub leiste".[6]) Nur im Einführungsgesetz Art. 94 Absatz 2 findet sich eine Vorschrift, wonach die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt bleiben, welche den öffentlichen Pfandleihanstalten einen entsprechenden Lösungsanspruch zuerkennen. Preussen hat von einer derartigen Ermächtigung keinen Gebrauch gemacht.[7])

Nur in seltenen Ausnahmefällen wäre es denkbar, dass der Besitzer Bezahlung des für die Sache gezahlten Preises verlangen kann, nämlich dann, „wenn dieselbe auf andere Art nicht zu erhalten war."[8])

---

[1]) Gesterding a. a. O. Seite 356. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten 1. Band Seite 659. Schmid a. a. O. Seite 334, Anmerkung 169.

[2]) Fabricius a. a. O. Seite 29.

[3]) Glück a. a. O. Band 8, Seite 216.

[4]) Thibaut, System des Pandekten-Rechtes, 2. Band, 4. Buch, S. 234.

[5]) Motive a. a. O. Seite 418.

[6]) Protokolle a. a. O. 4030.

[7]) Cosack a. a. O Seite 174, Anmerkung 17.

[8]) Fischer und Henle, Anmerkung 2 zu § 994.

c. Ersatz sonstiger Verwendungen.

1. im corpus iuris § 9.

α. der impensae utiles.

Die Ersatzpflicht, welche die römischen Juristen bei den impensae necessariae anerkannten, war begreiflicher Weise eine umfassende und beinahe unbeschränkte. Sie mussten unter allen Umständen vergütet werden, mochten sie zur Zeit der Herausgabe der Sache überhaupt noch bestehen oder nicht. Ganz anders muss sich das naturgemäss bei den impensae utiles gestalten, sie gelten nicht als eine „Last der Sache“,[1]) deren Ersatz nicht „prajudiziell“ für die Herausgabe der Sache ist, ihre Vergütung muss sich daher nach ganz anderen Prinzipien richten.[2])

Während es bei den impensae necessariae durchaus nicht darauf ankam, dass die Sache durch dieselben wertvoller oder ertragsreicher wurde, ist das bei den impensae utiles das erste Erfordernis. Der Eigentümer ist nur verpflichtet, sie zu ersetzen: usque eo, dumtaxat, quo pretiosior factus est et si plus pretio fundi accessit, solum quod impensum est (l. 38 D. 6, 1), also nur die Werterhöhung der Sache zur Zeit ihrer Herausgabe. Ist in diesem Augenblick die Wertsteigerung durch Zufall verschwunden oder gemindert, so hat diese Gefahr natürlich der Verwender zu tragen, der ja auch den Vorteil von diesen Impensen, so lange sie bestanden, hatte.[3])

Einen derartigen Anspruch sichern die Quellen dem bonae fidei possessor, von dem allein wir jetzt nur handeln wollen, in zahlreichen Fällen zu, so sagt *Paulus* in l. 23 § 4 D. 6, 1 cogar pretium eius, quod accesserit, dare. Derselbe Jurist respondierte: in l. 14 D. 44, 4: eum, qui in alieno solo aedificium extruxerit, sumptus consequi posse. Es macht natürlich für diesen Regelfall keinen Unterschied, ob sich die impensae utiles von der Hauptsache trennen

[1]) Leist a. a. O. Seite 51.
[2]) Leist a. a. O. Seite 53.
[3]) Sell a. a. O. Seite 286.

lassen oder nicht; so finden wir dieselbe Regelung wie oben in dem Falle, dass jemand fremde Bücher oder Pergamente beschreibt (§ 38 J. II 1, l. 9 § 2 D. 41, 1.) Bei diesen normalen Fällen wird einfach die Werterhöhung berechnet und diese dem Besitzer ersetzt, ein Verfahren, welches *Leist*[1]) treffend als ein ideelles ius tollendi bezeichnet.

Die Römer verlangen aber von den impensae utiles, deren voller Ersatz begehrt wurde, nicht nur, dass sie eine objektive Wertsteigerung der Sache bewirkten, sondern auch mit ihr in angemessenem Verhältnis stehen, überhaupt, dass sie harmonisch in die Vermögenslage des Eigentümers hineinpassen.[2]) Dadurch beweisen die römischen Juristen, dass sie im Prinzipe diesem Ersatzanspruch nicht gerade günstig gesinnt gegenüber stehen.[3]) Für sie ist es die Hauptsache, dass dem Vindikanten wieder zu seinem Eigentum verholfen wird. Nimmt der spekulierende Besitzer impensae utiles vor, die nicht in die Vermögensverhältnisse des Eigentümers hineinpassen, also ganz oder zum Teil über dessen Interessen hinausgehen, so ist für das corpus iuris der leitende Gesichtspunkt der, dass man dem Vindikanten nicht derartige übermässige Lasten aufbürden kann, die er nur bestreiten könnte, wenn er seine Sache veräussert oder die Vindikation überhaupt unterlässt: l. 27 § 5 D. 6, 1 quia neque carere servo meo debeam l. 79 § 1 D. 5 0, 16: ne cogatur fundo aut mancipiis carere.

Wenn wir uns den Fall besonders krass denken, kann es sogar vorkommen, dass, wollte man dem Eigentümer Ersatz für unmässige impensae utiles zumuten, derselbe wirtschaftlich vollkommen ruiniert wird l. 3, pr. D. 27, 4 . . ut mergantur pupilli. Wenn daher solche Verwendungen die Sache auch kostbarer oder ertragsreicher machen, so wird man doch bei der Erwägung, ob sie ersetzt werden sollen, „das Abstrakte zurücktreten lassen, wenn die concreten

[1]) Leist a. a. O. Seite 53.
[2]) Sell a. a. O. Seite 287.
[3]) Petrazycki, Einkommen a. a. O. Seite 312.

Verhältnisse entgegen stehen."[1]) — Aus dieser Erwägung heraus stellt *Ulpian* in l. 25 D. 13, 7 den Grundsatz auf: medie igitur a judice dispicienda erunt, ut neque delicatus debitor, neque onerosus creditor audiatur; vor allem aber *Celsus* in l. 38 D. 6, 1 bonus judex varie ex personis causisque constituet. In derselben lex, in welcher *Celsus* dem Richter diese überaus wichtige Regel für den Ersatz von impensae utiles an's Herz legt, giebt er folgendes Beispiel: finge pauperem, qui si reddere id cogatur, laribus sepulcris avitis carendum habeat: sufficit tibi permitti tollere . . . Es ist hier an einen besonders schlimmen Fall gedacht; der Eigentümer würde, wenn man ihm die Bezahlung der impensae utiles aufbürden wollte, nicht nur Haus und Hof, sondern auch die Gegenstände seiner Anbetung und Verehrung im Stiche lassen müssen. Deshalb braucht er dem Besitzer keinen Ersatz zu leisten, dieser hat vielmehr hier lediglich das ius tollendi.

In dem gleichen Sinne ist auch zu interpretieren l. 27 § 5 D. 6, 1: idem est etiam, si in area, quae fuit petitoris, per errorem insulam aedificavit: nisi tamen paratus sit petitor pati tollere eum aedificium. Betrachten wir die Stelle erst bis hierher, so handelt es sich lediglich um trennbare impensae utiles. Einige Juristen haben aus dieser Stelle herauslesen wollen, dass dem bonae fidei possessor primär nur das Recht zustehen soll, die Verwendung wegzunehmen und dass der Eigentümer, wenn er sie behalten will, das tollere durch Bezahlung der Impensen abwenden kann, ihm also in dieser Beziehung ein freies Wahlrecht zusteht.[2]) Diesen Standpunkt wollen wir aber nicht einnehmen, sondern uns vielmehr der Ansicht von *Sell*[3]) anschliessen. In der That wäre es auch höchst sonderbar,

---

[1]) Leist a. a. O. Seite 58.

[2]) Buchholtz, Juristische Abhandlungen aus dem Gebiete des heutigen römischen Rechtes, Seite 33, Nachtrag zur 1. Abhandlung. Gesterding a. a. O. Seite 374. Schmid a. a. O. Seite 342.

[3]) Sell a. a. O. Seite 294 ff.

wenn derselbe *Paulus*, der in l. 23 § 4 D. 6, 1, in l. 45 § 1 D. 19, 1, in l. 14 § 1 D. 10, 3 u. a. dem bonae fidei possessor für impensae utiles Ersatz zusichert, in fr. 27 § 5 D. 6, 1 ohne Grund seinen bisherigen Standpunkt ändern sollte. Es ist vielmehr hier an den Sonderfall gedacht, dass der Eigentümer in schlechten Vermögensverhältnissen ist, und man ihn deshalb nicht zwingen will, unter allen Umständen die impensae utiles zu ersetzen.

Diese Stelle ähnelt zweifellos dem erwähnten Fall in l. 38 cit. und wenn man hier aus Rücksicht auf den Eigentümer dem Besitzer lediglich das ius tollendi gab, so ist es wohl nicht gewagt, anzunehmen, dass in l. 27 § 5 cit., wo es sich wohl um einen minder krassen Fall handelt, dem Eigentümer die alternative Verbindlichkeit auferlegt wird, entweder Ersatz zu leisten, oder das ius tollendi zu gestatten.[1]) Für diesen Standpunkt ist noch besonders stützend der am Schluss dieser lex vorkommende Ausdruck: quia neque carere servo meo debeam, d. h. wir ersehen daraus, dass, wollte man dem Eigentümer Ersatz für diese impensae utiles unbedingt zumuten, das carere der Sache die notwendige Folge sein müsste. Der Vindikant würde also entweder die Klage unterlassen oder, thut er das nicht, den Gegenstand verkaufen müssen, um die auf ihn verwendeten impensae utiles zu bestreiten. Dass ein solcher Zustand aber nur bei schlechten Vermögensverhältnissen denkbar ist, ist selbstverständlich.

Bezüglich der untrennbaren Verwendungen sagt unsere l. 27 § 5 und l. 28 eodem: sed si puerum meum, cum possideres, erudiisses, non idem observandum Proculus existimat, quia nec carere servo meo debam, nec potest remedium illum adhiberi, quod in area diximus, u. l. 28: forte quod pictorem aut librarium docuerit, dicitur non aliter officio iudicis aestimationem haberi posse. Auch hier ist der Fall genau derselbe, wie wir ihn oben näher beleuchtet haben: Nach den concreten Verhältnissen des Eigentümers haben

[1]) Sell a. a. O. Seite 297.

die vom Sklaven erlernten Künste kein den darauf verwendeten Kosten entsprechendes Interesse, deshalb würde der Eigentümer dem Besitzer das tollere anbieten können, wenn es in diesem praktischen Falle möglich wäre, da aber das erudire und docere natürlich eine untrennbare Verwendung ist, so führt die notwendige Consequenz dahin, den Besitzer einfach leer ausgehen zu lassen.

Eine sonderbare Auffassung von der eben erörterten l. 27 und 28 cit. hat *Dernburg,*[1]) der aus den Worten aestimationem haberi posse schliessen will, „dass in gewissen Fällen der Beklagte Berücksichtigung seiner impensae utiles nur unter der Bedingung erhalten habe, dass er sich die Verurteilung in die Litisästimationssumme gefallen lasse." Die Unrichtigkeit dieser Ansicht hat *Ubbelohde*[2]) treffend nachgewiesen, der ebenfalls den hier entwickelten Standpunkt vertritt und die durchaus zu billigende Anschauung hat, dass das Wort aestimationem lediglich Abschätzung des Wertes der Verwendung bedeutet. — Nur drei Fälle kennt das corpus iuris, in welchen ohne jedwede Rücksicht auf die concreten Verhältnisse des Eigentümers dem gutgläubigen Besitzer seine impensae utiles baar zu ersetzen sind. Diese Ausnahmen erklären sich jedoch leicht aus dem allgemeinen Prinzip der Billigkeit, das wir hier überall walten sehen.

1. Finge et dominum eadem facturum fuisse, reddat impensam, ut fundum recipiat (l. 38 D. 6, 1.)

Wenn also der Eigentümer selbst die impensae utiles vorgenommen hätte, so kann er in keinem Falle dem Ersatzanspruch des Besitzers durch Gestattung der Wegnahme ausweichen, auch wird er das praktisch wohl nie thun wollen, er muss vielmehr die Wertserhöhung ersetzen, aber natürlich nur den Betrag der Verwendung. Dieser Satz spricht zwar nur von trennbaren Verwendungen, ist aber zweifellos auf untrennbare ebenfalls analog auszudehnen, dafür spricht ein argumentum aus l. 13 § 22 D. 19, 1 aut

[1]) Dernburg, Compensation a. a. O. Seite 342, 343.

[2]) Ubbelohde, Ueber den Satz: ipso iure compensari Seite 133.

si quid in disciplinas impensum est, quas verisimile est etiam emptorem velle impendi.

2. Finge eam personam esse domini, quae receptum fundum mox venditura sit, nisi reddit . . . eo deducto tu condemnandus es (l. 38 D. 6, 1) nisi si venalem eum habeas et plus ex pretio eius consecuturus sis propter artificium (l. 29 D. 6, 1). Wenn also der Eigentümer die Absicht hat, die Sache, auf die die Impensen verwendet sind, zu verkaufen und ihr Tauschwert durch die Vornahme der impensa utilis gesteigert wird, so muss er dem Eigentümer die Verwendung ersetzen. Wir haben zwar gesehen, dass die Römer es verabscheuten, den Eigentümer in die Notlage kommen zu lassen, dass er seine Sache verkaufen muss, um die darauf gemachten impensae utiles bezahlen zu können.[1]) Das kommt aber hier nicht in Betracht, denn hier ist es ja der freie Wille des Vindikanten, welcher ihn zum Verkauf der Sache bestimmt. Diese Ersatzpflicht gilt natürlich, wie wir aus den angegebenen Beispielen schliessen, bei trennbaren und untrennbaren Verwendungen.

3. Aut si ante denunciatum sit actori, ut impensam solveret et eo dissimulante posita sit doli mali exceptio (l. 30 D. 6, 1).

Es ist hier an den Fall gedacht, dass dem bonae fidei possessor Zweifel kommen, ob er wirklich Eigentümer sei und er daher, bevor er eine impensa utilis vornimmt, derjenigen Person, von der er vermutet, dass ihr die Sache gehört, mitteilt, er wolle die Verwendung vornehmen und sie auffordert, dieselbe zu bezahlen. Hierauf schweigt der Gegner arglistig und strengt später die Vindikation an. Es stellt sich auch heraus, dass er thatsächlich Eigentümer ist und nun verweigert er die Zahlung der Impensen. Hier, sagt das corpus iuris, kann der Besitzer immer Ersatz verlangen und sieht das gewissermassen als eine Strafe für den dolus des dominus an.[2])

---

[1]) Sell a. a. O. Seite 300.

[2]) Cujacius a. a. O., Buch IX, cap. 38. Sell, a. a. O. Seite 301. Glück, a. a. O. Band 8 Seite 304. Schmid a. a. O. Seite 339.

Anders fasst jedoch *Buchholtz*[1]) diese Stelle auf, der gerade von einer Verweigerung des Ersatzanspruches redet. Gegen diese Ansicht sprechen aber zwei Gründe; in erster Linie beweist die mit aut hergestellte innige Verbindung der l. 30 mit der l. 29, in welcher doch zweifellos von einer Ersatzpflicht des Eigentümers gesprochen wird, dass beide Fragmente, welche die Compilatoren so eng mit einander verknüpften, den gleichen Inhalt haben müssen; ferner wird im corpus iuris der Ausdruck dissimulare nie mit „verneinen" zu übersetzen sein, sondern mit arglistig schweigen, so in l. 4 D. 40, 3 quamvis et ipse in eo malus sit, quod de conditione sua dissimulat. — Wenn auch direkt in diesem Falle nur von untrennbaren Verwendungen die Rede ist, so haben wir doch diese angegebene Ausnahme auch auf trennbare Verwendungen zu beziehen.[2])

Wenn wir aber von den drei genannten Ausnahmen absehen, so müssen wir bei der Ersatzpflicht des dominus für impensae utiles, daran festhalten, dass das Schwergewicht zu legen ist auf die concreten Verhältnisse des Eigentümers. „In qua quaestione non aliunde utilitas exspectanda est, quam ex persona domini.[3]) Wenn *Endemann*[4]) sagt, dass wegen impensae utiles dem gutgläubigen Besitzer stets ein Ersatzanspruch gegeben wurde, so ist das zweifellos ein Irrtum.

Interessant ist es auch, wie in moderner Zeit das von *Celsus* in l. 38 D. 6, 1 angegebene Mahnwort angewandt wurde. Dies geschah in einem Urteil des Reichsgerichts,[5]) in welchem dem Besitzer nicht Ersatz für die Errichtung einer Scheune zugesprochen wurde, weil sie thatsächlich dem Eigentümer, wenn man dessen concrete Lage berücksichtigt, keinen wirklichen Vorteil gewährte.

---

[1]) von Buchholtz a. a. O. Seite 20, 21, 1. Abhandlung: Worin unterscheiden sich die hereditatis petitio und die rei vindicatio?

[2]) Sell a. a. O. Seite 300.

[3]) Garsias a. a. O. Seite 31.

[4]) Endemann a. a. O., Band II, 1. Teil, Seite 367.

[5]) Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte, Band 13 (N. F.) [Band 43] Nr. 262.

Hat ein malae fidei possessor impensae utiles auf eine Sache gemacht, so wird ihm jeder Ersatzanspruch von den Quellen einmütig verweigert, so in l. 5 C. 3, 32: nullam habeant repetitionem. Ebenso l. 11 eodem, l. 5 C. 8, 10, l. 7 § 12 D. 41, 1: si scit, culpa ei obici potest, quod temere aedificavit in eo solo, quod intellegeret alienum. Eine gleiche Behandlung muss der bonae fidei possessor nach der Rechtshängigkeit erfahren gemäss l. 25 § 7 D. 5, 3. Ob diesem aber wenigstens das ius tollendi zustehen soll, darüber giebt es im corpus iuris eine strengere und eine mildere Ansicht.[1]) Als Vertreter der strengeren Ansicht erscheint hauptsächlich *Gajus*, der in diesem Falle freiwillige Eigentumsaufgabe des Besitzers annehmen will, so in l. 7 § 12 D. 41, 1 sua voluntate amisisse proprietatem materiae intellegitur, ebenso § 30 J. II, 1. Es wird also hier eine Schenkung fingiert, selbst nach Zerstörung des Gebäudes können die Baumaterialien nicht vindiziert werden; von einem ius tollendi kann also demnach gar keine Rede sein.

Daneben aber existiert eine mildere Ansicht. *Antonin* sagt in l. 2 C. 3, 32 das gerade Gegenteil wie *Gajus* in l. 7 § 12 cit., indem er dem malae fidei possessor auch nach Auflösung des aedificium die Vindikation des Materials gestattet, es sei denn, dass ihm Schenkungsabsicht inne wohnte. Mit klaren Worten verleiht l. 5 C. 3, 32 dem malae fidei possessor das ius tollendi: sin autem utiles, licentia eis permittitur . . . eos auferre. Ebenso *Ulpian* in l. 37 D. 6, 1 sed hoc ei concedendum est, ut . . tollat aedificium, quod posuit. Eine wirklich befriedigende Vereinigung dieser einander so widersprechenden Quellenstellen lässt sich wohl kaum finden.[2]) Für das justinianeische Recht steht es jedoch fest, dass dem malae fidei possessor thatsächlich das ius tollendi wegen impensae utiles zustand.[3])

---

[1]) Sell a. a. O. Seite 313.

[2]) von Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, Band 1, Seite 634.

[3]) Gesterding a. a. O. Seite 378. v. Buchholtz a. a. O. Seite 18.

Ist aber eine Trennung der impensae utiles von der Hauptsache nicht möglich, so fällt das ius tollendi natürlich weg. Aber auch einen Ersatzanspruch können wir dem malae fidei possessor unmöglich geben, denn die schon erwähnten Stellen schlagen ihm einen solchen grundsätzlich ab, so auch l. 37 D. 6, 1: puto autem huic exceptionem non prodesse. Diese leges beziehen sich zwar direkt nur auf trennbare impensae utiles, wir können sie aber sicherlich auch auf untrennbare analog beziehen, wie es *Gajus*[1]) thut, wenn er nach Besprechung der trennbaren impensae utiles sich den untrennbaren mit den Worten zuwendet: Eadem ratione probatum est. Der Besitzer muss also seine Verwendungen ohne Entschädigung bei der Hauptsache belassen.

Eine andere Ansicht verteidigte *Sell,*[2]) wenn er auch dem malae fidei possessor für untrennbare impensae utiles einen Ersatzanspruch gewähren wollte. Später jedoch nahm er diese Behauptung zurück,[3]) weil die l. 1 C. 8, 52 in der That nur einen ganz singulären Fall behandelt und daher gegenüber den angegebenen Quellenstellen, als eine Ausnahme zu betrachten ist.

β. Der impensae voluptuariae.

Wenn wir nun die niedrigste Klasse der Impensen, welche das corpus iuris kennt, die impensae voluptuariae, in's Auge fassen und zunächst nur den bonae fidei possessor, so ist man sich darüber einig, dass das corpus iuris für solche supervacuae impensae, wie sie von *Gajus* in l. 39 § 1 D. 5, 3 genannt werden, grundsätzlich einen Ersatzanspruch verweigert.[4]) Man hielt es für aequum, dem Eigentümer nicht die Ersatzpflicht für Impensen aufzubürden,

---

[1]) Gaius, Institutionen II, § 76, 77.

[2]) Sell, Versuche im Gebiete des Civilrechtes, 1. Teil, Seite 58 ff.

[3]) Sell, Ueber das Prinzip etc. in den Jahrbüchern für Bearbeitung des römischen Rechtes von Karl und Wilhelm Sell Seite 320 ff.

[4]) Sell, Seite 326. Ueber das Prinzip etc. Schmid, Handbuch a. a. O. Seite 338.

die nicht in seine individuellen Verhältnisse hineinpassen und daher für ihn wertlos sind. Nur dort, wo eine Trennung möglich ist, gab man dem Besitzer das ius tollendi: l. 3 § 4 D. 15, 3: pati debet dominus creditorem hoc auferre. Waren jedoch die impensae voluptuariae untrennbar mit der Hauptsache verbunden, so muss sie der Besitzer dort belassen, ohne irgend welchen Ersatz dafür zu erhalten. l. 9 D. 25, 1, si non recipiant (separationem), relinquendae sunt.

Drei Fälle giebt es jedoch, in denen ausnahmsweise für impensae voluptuariae Ersatz gewährt wird, es sind dies dieselben, die wir schon bei den utiles impensae kennen gelernt haben;

1. wenn der Eigentümer die Absicht hat, die Sache zu verkaufen und wegen der impensae voluptuariae einen höheren Preis erzielen kann l. 10 D. 25, 1 quod si hae res, in quibus impensae factae sunt, promercales fuerint, tales impensae non voluptuariae, sed utiles sunt. In diesem Falle folgt also die Pflicht des Eigentümers zum Ersatze daraus, dass sich hier die an und für sich voluptaria impensa in eine utiles verwandelt, mithin gemäss den oben bei diesen entwickelten Grundsätzen zu vergüten ist. Ebenso

2. wenn der Eigentümer die gleichen impensae voluptuariae gemacht haben würde. In diesem Falle kann man annehmen, dass sie für den Eigentümer wirklichen Nutzen bringend sind, weil sie ihm Auslagen ersparen, die er sonst aus eigenem Vermögen hätte bestreiten müssen; aus diesem Grunde hat er sie nach l. 38 D. 6, 1 wie eine impensa utilis zu vergüten, das können wir auch als argumentum a contrario aus den Worten der l. 3 § 4 D. 15, 3 schliessen: nec debere ex eo onerari dominum, quod ipse facturus non esset. Schliesslich

3. Wenn der Eigentümer auf die vor der Vornahme einer impensa voluptuaria geschehene Anzeige hin arglistig schweigt, so wird ihm zur Strafe ihr Ersatz ebenso wie bei den impensae utiles auferlegt werden müssen l. 30 D. 6, 1.[1])

[1]) Sell, a. a. O. über das Prinzip etc. Seite 336 f.

Diese Ausnahmen sind natürlich aus den oben angegebenen Gründen sowohl bei trennbaren als auch bei untrennbaren impensae voluptuariae anzuwenden.

Nimmt ein malae fidei possessor oder ein bonae fidei possessor nach der Litiskontestation impensae voluptuariae vor (l. 25 § 7 D. 5, 3), so kann natürlich von einem Ersatzrecht nicht die Rede sein, da dies ja in normalen Fällen, wie wir oben sahen, nicht einmal dem bonae fidei possessor zuerkannt wird. Es könnte sich höchstens darum handeln, ob wir das ius tollendi zugestehen wollen oder nicht. Eine direkte Entscheidung für diesen Fall giebt das corpus iuris nicht, wir können aber wohl mit *Sell*[1]) annehmen, dass, wenn es in l. 5 C. 3, 32 heisst: sin autem utiles, licentia eis permittitur . . eos auferre, der impensae voluptuariae zwar keine Erwähnung gethan, das ius tollendi aber ihnen auch nicht direkt verweigert wird und wenn in dieser Constitution nur von den impensae necessariae und utiles die Rede ist, so lässt sich das daraus erklären, dass in dem Falle, auf den sich das Reskript des Kaisers bezog, nur von diesen die Rede war. Ausserdem können wir ohne Bedenken eine Stelle heranziehen, die zwar von der hereditatis petitio handelt, aber auf die rei vindicatio wird zweifellos analog ausgedehnt werden können, nämlich l. 39 § 1 D. 5, 3 von *Gaius,* wo es heisst: ut tamen potestas ei fieret tollendorum eorum. Ist aber eine Trennung physisch nicht möglich, so kann von der Gestattung des ius tollendi natürlich nicht die Rede sein. Der malae fidei possessor erhält in diesem Falle nichts für seine impensae voluptuariae.

2. Im B.-G.-B. „der anderen als notwendigen Verwendungen".

§ 10.

Das B.-G.-B. fasst, wie schon erwähnt, alle anderen Verwendungen, ausser den notwendigen, in eine Rubrik zusammen. Wir werden daher zunächst zu untersuchen haben,

[1]) Sell über das Prinzip a. a. O. Seite 342.

ob sich bei der Regelung des Ersatzanspruches wegen der „anderen als notwendigen Verwendungen" Unterschiede von den entsprechenden Normen, die das corpus iuris für die impensae utiles giebt, vorfinden.

Wenn wir zunächst den ersten Entwurf zum B.-G.-B. ins Auge fassen, in welchem, wie schon öfter erwähnt, lediglich das Bereicherungsprinzip zur Durchführung gelangte, so ist zweifellos eine Aehnlichkeit mit dem römischen Rechte nicht zu leugnen. Die Motive verwahren sich zwar dagegen, als läge es in der Absicht des Entwurfes, „den persönlichen Verhältnissen des Bereicherten ganz allgemein einen Einfluss zu gestatten."[1]) Wenn sie aber weiter sagen: „Das subjektive Moment liegt in der individuellen gesamten Vermögenslage", so wird sich wohl kaum ein wesentlicher Unterschied zwischen den Vorschriften des Entwurfes und denen des corpus iuris beim bonae fidei possessor finden lassen. Ganz anders das B.-G.-B. § 996 lautet: „Für andere als notwendige Verwendungen kann der Besitzer Ersatz nur in soweit verlangen, als sie vor der Rechtshängigkeit und vor dem Beginne der im § 990 bestimmten Haftung gemacht werden und der Wert der Sache durch sie noch zu der Zeit erhöht ist, zu welcher der Eigentümer die Sache wiedererlangt". Wir sprechen hier vorläufig nur vom gutgläubigen Besitzer vor der Rechtshängigkeit und da ist der Unterschied der Vorschriften des B.-G.-B. und des corpus iuris ein ganz auffälliger. Das B.-G.-B. kennt zuvörderst eine Scheidung der Verwendungen in solche, die sich von der Hauptsache trennen lassen oder nicht, überhaupt nicht. Ferner verlangt es zur Begründung des Ersatzanspruches „Erhöhung des Wertes". Was ist nun aber Wert? „Wert ist das durch Schätzung in das Bewusstsein tretende Nützlichkeitsmass eines Gutes zur Befriedigung menschlicher Bedürfnisse".[2]) Es kann hier sowohl der Ertrags- als auch

[1]) Motive a. a. O. Seite 413.

[2]) Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, 1. Band, 2. Abteilung, § 64. Biermann a. a. O. Bemerkung zu § 996.

der Verkaufswert in Betracht kommen. Wenn also der Wert der Sache in diesem Sinne durch die Verwendungen des Besitzers erhöht wird, so ist der Eigentümer verpflichtet, diese Wertsteigerung zu ersetzen, aber natürlich immer nur bis zur Höhe der Verwendung. Ob nach den speziellen Verhältnissen des Eigentümers diesem die Sache in concreto wirklich nützlich ist, darauf kommt es gar nicht an.[1]) Das B.-G.-B. vertritt also hier den Standpunkt, dass der Besitzer, der im guten Glauben Verwendungen auf die fremde Sache macht, auch wenn sie nicht notwendig sind, geschützt werden muss, mögen die subjektiven Verhältnisse des Eigentümers wie immer gestaltet sein. Anderer Ansicht scheint *Dernburg*[2]) zu sein. Wenn er nämlich verlangt, es muss hier eine „Bereicherung" vorliegen, so muss er sicher Gewicht legen auf die „concreten Verhältnisse", wie es die Motive Seite 413 thun. Das werden wir aber wohl nicht annehmen können, denn wenn das B.-G.-B. die Absicht gehabt hätte, in diesem Punkte auf die Vorschriften des ersten Entwurfes zurückzukommen, so hätte es doch zweifellos einen anderen, als den in § 996 gebrauchten Ausdruck gewählt. Wenn es aber lediglich von Erhöhung des Wertes spricht, so müssen wir auf dem rein objektiven Standpunkt beharren. Darum ergiebt sich hier ein krasser Unterschied gegenüber den Vorschriften des corpus iuris; dieses verlangt eine ausgedehnte Rücksichtnahme auf die concreten Verhältnisse des Eigentümers, auf die personae et causae (l. 38 D. 61), das B.-G.-B. befolgt ein rein objektives Prinzip und schützt den gutgläubigen Besitzer, der auf eine fremde Sache andere als notwendige Verwendungen macht. Es wird in § 996 als Erfordernis für den Ersatzanspruch angesehen, dass die Wertserhöhung noch zu der Zeit vorhanden ist, „zu welcher der Eigentümer die Sache wiedererlangt". Auch hier trägt also, wie im corpus iuris,

[1]) Biermann a. a. O. Bemerkung zu § 996. Endemann a. a. O., 2. Band, erster Teil, Seite 367.

[2]) Dernburg, Sachenrecht a. a. O. § 122, Seite 352.

der Besitzer die Gefahr für seine Verwendungen. Die Folge dieses eben dargelegten Prinzips des B.-G.-B. ist aber die, dass auch eine grosse Anzahl von impensae voluptuariae, für die das corpus iuris einen Ersatz völlig verweigert, nach dem B.-G.-B. werden zu ersetzen sein. Man denke nur an loricationes. Würde nicht das Tünchen eines Hauses dessen Verkaufswert erhöhen, würde nicht ferner anzunehmen sein, dass picturae, die das corpus iuris auch unter die voluptuariae impensae rechnet, mitunter sicher den Tauschwert einer Sache steigern können? Zu weit dürfen wir aber hier nicht gehen und nicht vergessen, dass der Tauschwert, der durch die impensae voluptuariae mitunter gesteigert wird, nur der gemeine Wert ist, d. h. „ihr abstrakter Wert für Jedermann“,[1]) der aber vom „ausserordentlichen Wert“ durchaus zu trennen ist. Denn dieser „erhöht nur den Gebrauchswert für eine oder auch viele Personen unter gewissen Umständen“; noch viel weniger wird zu ersetzen sein der Liebhaberwert, der sich rein nach den individuellen Neigungen des Besitzers bestimmt.

Das Eine ist jedoch aus den Vorschriften, die das B.-G.-B. über den Ersatz anderer als notwendiger Verwendungen giebt, zu entnehmen, dass es seinen gutgläubigen Besitzer in erhöhtem Masse schützt, als das corpus iuris. In den Fällen aber, wo auch das B.-G.-B. hier eine Werterhöhung nicht annehmen wird, gewährt es natürlich, wie überall, das Wegnahmerecht.

Wenn der Besitzer nach Eintritt des bösen Glaubens oder nach erfolgter Rechtshängigkeit andere, als notwendige Verwendungen vornimmt, so hatte er nach § 936 Abs. 1 des 1. Entwurfs trotzdem einen Anspruch auf die Bereicherung. Dass eine solche Vorschrift oft zu ausserordentlich unbilligen Consequenzen führen muss, liegt auf der Hand,[2]) da der Eigentümer hier der Willkür des Besitzers schutzlos aus-

[1]) Goldschmidt a. a. O. § 64.

[2]) Zusammenstellung der gutachtlichen Aeusserungen a. a. O., 3. Band Seite 204.

geliefert ist.[1]) Schon der zweite Entwurf und mit ihm das B.-G.-B. halfen diesem Uebelstande dadurch ab, dass sie ausser der erwähnten Einteilung der Impensen den gutgläubigen Besitzer vom bösgläubigen streng schieden. Diesem gewährt das B.-G.-B. in vollkommener Uebereinstimmung mit den Vorschriften, die das corpus iuris in dieser Hinsicht für impensae utiles und voluptuariae giebt, einen Ersatzanspruch nicht und stellt ihn dem gutgläubigen Besitzer gleich, dem die Eigentumsklage zugestellt ist, das Recht der Wegnahme ist natürlich auch hier gegeben.

III. Das Wegnahmerecht.

§ 11.

Bei der Behandlung der Ersatzansprüche ist es unumgänglich gewesen, des öfteren eines eigentümlichen Hilfsmittels Erwähnung zu thun, welches im corpus iuris ergänzend in die Ordnung des Impensenersatzes eingriff; es ist dies das ius tollendi. Es möge daher gestattet sein, an dieser Stelle, wo wir das Wesen dieses Institutes zu untersuchen haben, einmal kurz zu erwähnen, wo wir beim Verwendungsanspruch auf dieses ius tollendi gestossen sind. Ueberhaupt nicht haben wir es beim Ersatz der impensae necessariae angetroffen. Anderer Ansicht ist *Brinz*,[2]) der aus l. 38 D. 6, 1 entnehmen will, dass es auch bei impensae necessariae gegeben ist. Doch die angeführte lex handelt ja nur von impensae utiles, der necessariae wird überhaupt nicht Erwähnung gethan. Wir haben vielmehr das ius tollendi nur in folgenden drei Fällen gefunden:

1) Der bonae fidei possessor ist für den Fall, dass die impensae utiles dem Eigentümer nicht wahrhaft vorteilhaft sind, so dass der dominus sie nicht zu ersetzen braucht, auf das ius tollendi beschränkt, vorausgesetzt natürlich, dass sie trennbar sind (§ 9 der Arbeit).

[1]) Petrazycki, Einkommen a. a. O., Seite 314.

[2]) Brinz, Lehrbuch der Pandekten, 1. Band, 2. Auflage, Seite 659.

2) Der malae fidei possessor hat prinzipiell bei utilen trennbaren Verwendungen lediglich das ius tollendi.

3) Der bonae wie malae fidei possessor haben ebenfalls von vornherein nur ein ius tollendi bei trennbaren impensae voluptuariae.

Aus der Zusammenstellung dieser Fälle ist ersichtlich, dass das corpus iuris das ius tollendi stets als etwas subsidiäres ansah, als ein letztes Auskunftsmittel, das nur dann in Betracht kam, wenn ein Ersatzanspruch nicht gegeben war.

Anderer Ansicht ist offenbar *Schmid*,[1]) wenn er behauptet, „es stehe auch demjenigen zu, welcher Ersatz der gemachten Verwendungen zu fordern berechtigt ist". Mit dieser Ansicht steht er jedoch allein da, er scheint die l. 38 D. 6, 1, auf welche er an dieser Stelle verweist, falsch aufzufassen,[2]) denn von einem Wahlrecht des Besitzers, Ersatz oder ius tollendi geltend zu machen, kann durchaus nicht die Rede sein. Das Gegenteil dürfte vielmehr der Wahrheit entsprechen. Der Besitzer darf nämlich nach l. 38 D. 6, 1 das ius tollendi nicht ausüben, si paratus est dominus tantum dare, quantum habiturus est possessor his rebus ablatis. Hier kann also der Eigentümer wählen, ob er die Sache wegnehmen lassen oder dem Besitzer den Wert, den sie für ihn nach der Trennung hat, ersetzen will.

Einen zweiten Fall, wo das ius tollendi ausgeschlossen ist, nennt uns *Celsus* in derselben l. 38 cit., in welcher er chikanöse Ausübung des Wegnahmerechtes verbietet, mit den Worten: neque malitiis indulgendum est: si tectorium, puta, quod induxeris, picturasque corradere velis nihil laturus, nisi ut officias. Mit Unrecht stellt *Schmid*[3]) für die Ausübung des ius tollendi noch die Voraussetzung auf, dass die abgetrennte Sache „in das Eigentum des Beklagten zurückfällt". Durch Quellenentscheidungen belegt er diese Ansicht nicht, man wird sie auch deswegen verwerfen müssen,

[1]) Schmid, Handbuch a. a. O. Seite 343.
[2]) Fabricius a. a. O. Seite 97.
[3]) Schmid a. a. O. Seite 342.

weil im corpus iuris das ius tollendi auch für Beispiele gegeben ist, wo das Eigentum an der verwendeten Sache für den Besitzer definitiv verloren geht, so in l. 38 D. 6, 1.

Die Römer gaben natürlich das Trennungsrecht nur bei Verwendungen, si modo recipiant separationem l. 9 D. 25, 1. Sie machen aber ferner hier und da Andeutungen, die leicht zu Missverständnissen führen können, so l. 39 § 1 D. 5, 3: quae sine detrimento ipsius rei tolli possunt, l. 5 C. 3, 32: sine laesione prioris status. Das kann natürlich nicht heissen, dass die Sache durch die Wegnahme der Verwendung keinen Schaden leiden soll,[1]) denn das wird in den meisten Fällen doch eintreten, besonders, da wir in den Quellen das Trennungsrecht fast nur bei Gebäuden vorfinden. Es hat vielmehr den Sinn, dass dem dominus und der Hauptsache kein dauernder Nachteil zugefügt werden soll, l. 10 § 10 D. 17, 1: quod sine damno domini fiat, l. 43 § 1 D. de legatis I: sine mulieris tamen damno. Der Besitzer hat vielmehr die Pflicht, die Sache in den Zustand zu versetzen, in welchem sie sich vor der Vornahme der Verwendung befand: l. 2 § 43 D. 43, 8, l. 19 § 4 D. 19, 2 ut pristinam faciem aedibus reddat. Dass der Besitzer die Kosten der Wegnahme zu tragen hat, ist in den Quellen nicht ausdrücklich erwähnt, aber wohl nicht zweifelhaft,[2]) das geht schon aus der ganzen Ausdrucksweise hervor. — Der Eigentümer hat ferner[3]) das Recht, vom Besitzer nach l. 19 § 4 D. 19, 2 Caution dafür zu verlangen, ne in aliquo dum aufert deteriorem causam aedium faciat. Diese Caution erfolgt in der Form einer Stipulation, l. 24 § 3 D. 39, 2: haec stipulatio.[4])

Noch eine Frage wird nun zu erörtern sein: Steht dem Besitzer thatsächlich das ius tollendi zu, was hat er dann für Mittel, um es dem klagenden Eigentümer gegenüber geltend zu machen?

---

[1]) Sell, Ueber das Princip etc. Seite 328.
[2]) Sell, Ueber das Princip etc. a. a. O. Seite 331.
[3]) Fabricius a. a. O. Seite 97.
[4]) Windscheid, Pandektenrecht, 6. Auflage, 2. Band, §§ 458, 459.

Das corpus iuris beschränkt ihn hier lediglich auf die exceptio doli; d. h., es giebt ihm hier ebenfalls nur das Mittel, was wir auch bei der Geltendmachung des Ersatzanspruches kennen lernen werden.[1])

Die römischen Juristen stellen sich das ius tollendi nicht als ein eigenmächtiges Recht des Besitzers vor, er kann dieses lediglich auf Grund richterlicher Ermächtigung ausüben. Das geben auch die Quellen klar zu erkennen, so sagt l. 38 D. 6, 1 sufficit tibi permitti tollere. Mit permitti ist offenbar die Erlaubnis des Richters erst nach vorgeschützter exceptio doli gemeint. Ebenso l. 5 C. 3, 32: licentia eis permittitur, ferner l. 37 D. 6, 1: sed hoc ei concedendum est.

Anderer Ansicht ist *Cujacius,*[2]) der dem Besitzer eine actio in factum geben will, indem er sich auf l. 19 § 4 D. 19, 2 beruft, in welcher *Labeo* dem inquilinus die actio conducti auf Gestattung der Wegnahme giebt. Er vergisst aber, dass wir uns hier ausserhalb eines Kontraktverhältnisses befinden.

Die Vorschriften des B.-G.-B. im § 997 über das Wegnahmerecht enthalten einige in mehreren Punkten abweichende Bestimmungen. Aus der ganzen Fassung des § 997 Satz 1 geht hervor, dass dem Besitzer, mag er also gut- oder schlechtgläubig sein, primär ein Trennungsrecht gegeben ist, gleichgiltig, ob er wegen seiner Verwendungen einen Ersatzanspruch hat oder nicht.[3]) Das B.-G.-B. giebt ihm mit anderen Worten das Recht zu wählen, ob er Ersatz verlangen, oder die verwendete Sache lostrennen und sich aneignen will. Also auch bei notwendigen Verwendungen wird ihm das Wegnahmerecht zuzuerkennen sein; denn auch hier kann es wohl vorkommen, dass der Besitzer als Ersatz nicht einmal soviel erhalten würde, als die Sache nach der Wegnahme für ihn Wert hätte.[4]) Wohl aus diesen Erwägungen

[1]) Leist a. a. O. Seite 58. Fabricius a. a. O. Seite 99.
[2]) Cujacius a. a. O., Buch 10, cap. 4.
[3]) Biermann a. a. O. Bemerkung zu § 997.
[4]) Motive a. a. O. Seite 414.

heraus schuf man das Wegnahmerecht als ein neben dem ordentlichen Impensenanspruche bestehendes Institut.[1]) Dadurch unterscheidet sich das B.-G.-B. ganz wesentlich vom corpus iuris, das, wie wir sahen, das ius tollendi nur als ein subsidiäres, letztes Aushilfsmittel kennt.

Ein weiterer fundamentaler Unterschied vom corpus iuris besteht darin, dass das B.-G.-B. das Wegnahmerecht einschränkt auf Sachen, die zu „wesentlichen Bestandteilen" der Hauptsache wurden, auf die sie verwendet sind.

Diese vom römischen Rechte abweichende Bestimmung sagt uns nichts Neues. Es ergab sich dies schon aus dem Begriffe der Verwendungen, wie wir ihn in § 2 aufgestellt haben. Nach römischem Recht bezieht sich demgemäss das ius tollendi auch auf Sachen, an denen das Eigentum des Besitzers während der Dauer der Verbindung mit der Hauptsache „ruhte". Nach B.-G.-B. muss aber das Eigentum an der Sache erloschen und auf den Eigentümer der Hauptsache übergegangen sein; daher stellt sich also die Abtrennung der aufgewendeten Sache als eine Rückgängigmachung des eingetretenen Eigentumsverlustes, als eine originäre Eigentumserwerbsart dar.[2]) Wie steht es aber in dem Falle, wenn die Sache nicht wesentlicher Bestandteil geworden ist, wenn also das an ihr bestehende Souderrecht auch nach der Vornahme der Verwendung an ihr beharrte? Hier ist ein Wegnahmerecht im technischen Sinne nicht vorhanden, also finden die Vorschriften des § 997 keine Anwendung, wohl aber die des § 258.[3]) Ausserdem hat natürlich der Besitzer ihretwegen nicht nur das Recht der Wegnahme, sondern auch die Eigentumsklage.

Die Gründe, aus welchen das B.-G.-B. das Wegnahmerecht verweigert, sind im Wesentlichen dieselben, wie im corpus iuris. Eine abweichende Bestimmung scheint auf

---

[1]) Matthiass, Lehrbuch des bürg. Rechts, Seite 91, 2. Band.

[2]) Motive a. a. O. Seite 414.

[3]) Biermann a. a. O., Bemerkung zu § 997, Seite 119. Motive a. a. O. Seite 414, Enneccerus und Lehmann a. a. O. Seite 110.

den ersten Blick § 997 Abs. 2 am Anfang zu geben, denn in der That ist uns bei unserer obigen Untersuchung keine Vorschrift im römischen Recht begegnet, die verbietet, Sachen abzutrennen, deren Verwendung sich als gewöhnliche Erhaltungskosten darstellt und zu einer Zeit vorgenommen ist, wo dem Besitzer die Nutzungen verbleiben. Das corpus iuris kennt jedoch das ius tollendi überhaupt nur bei den eigentlichen Impensen, den impensae in rem, bei den impensae in fructus wird es überhaupt nicht erwähnt. Im Uebrigen verweigert § 997 Abs. 2 das Wegnahmerecht aus denselben Gründen wie das corpus iuris, nämlich, wenn die Abtrennung für den Besitzer „keinen Nutzen hat oder ihm mindestens der Wert ersetzt wird, den der Bestandteil nach der Abtrennung für ihn haben würde." Diese beiden zuletzt erwähnten Ausnahmen liess man gerade mit Rücksicht auf die Vorschriften des corpus iuris trotz einer sich lebhaft geltend machenden Gegenströmung in den Beratungen der zweiten Commission bestehen.[1])

Was den Zuwachs bei Bäumen und Pflanzen anlangt, so giebt das Gesetz darüber keine Bestimmung, man war aber in der zweiten Commission der Ansicht, welcher sich auch *Biermann* anschliesst,[2]) dass hier die für die Nutzungen gegebenen Regeln zur Anwendung kommen. Wie in so vielen Punkten beim Wegnahmerecht, so finden wir auch bei der Wiederherstellungspflicht des Besitzers die gleichen Vorschriften wie im corpus iuris; nach § 258 ist nämlich ebenfalls der Besitzer verpflichtet, „die Sache auf seine Kosten in den vorigen Stand zu setzen"; d. h. wie im römischen Recht den Zustand wieder herzustellen, der vor der Verwendung der Sache bestand.[3])

In einem wesentlichen Punkte finden wir jedoch einen Unterschied; wir sahen nämlich, dass im corpus iuris das

[1]) Protokolle a. a. O. Seite 8561.

[2]) Protokolle a. a. O. Seite 4000. Biermann a. a. O., Bemerkung zu § 997 Seite 119.

[3]) Planck, B.-G.-B., 3. Lieferung, 2. Aufl., Erläuterung zu § 258 S. 30.

ius tollendi nur in der Art geltend gemacht wurde, dass dem Besitzer gegenüber der rei vindicatio durch exeptio doli die Wegnahme ermöglicht wurde. Ganz anders im B.-G.-B. Das ergiebt sich aus dem Wortlaut des § 997 Abs. 1, aus welchem hervorgeht, dass dem Besitzer ganz selbständig, ohne Anwendung irgend eines Prozessmittels, das Recht zusteht, die gemachten Verwendungen abzutrennen und sich anzueignen. Von einer Caution kann natürlich hier, abweichend vom corpus iuris, überhaupt nicht die Rede sein. Wie ist es aber, wenn der Eigentümer die Sache wieder erlangt, von der der Besitzer berechtigt ist, die Sachverwendung abzutrennen? Hier lässt das corpus iuris den Besitzer völlig im Stich. Er hat kein Mittel, den Eigentümer zu zwingen, auch jetzt noch die Wegnahme zu gestatten. Ganz anders das B.-G.-B., das in § 258 auch für diesen Fall sorgt, denn die Genehmigung zur Abtrennung, welcher der Besitzer nunmehr bedarf, kann durch Urteil ersetzt werden, der Eigentümer mithin zur Gestattung der Wegnahme gezwungen werden. Eine Einschränkung macht aber hier das B.-G.-B., es giebt nämlich dem Eigentümer das Recht Sicherheitsleistung zu verlangen für den mit der Wegnahme verbundenen Schaden, besonders natürlich für die ordentliche Wiederherstellung des vorigen Zustandes.[1]) Bevor ihm diese Sicherheit nicht geleistet ist, braucht der Eigentümer die Wegnahme nicht zu gestatten. Die hier zu leistende Sicherheit ist aber eine durchaus andere, als wie wir sie im corpus iuris beim ius tollendi antrafen. Das B.-G.-B. verlangt nämlich in § 232 Abs. 1 grundsätzlich eine reale Sicherheitsleistung durch Hinterlegung, Verpfändung etc. Nur subsidiär braucht man sich nach Abs. 2 mit der „Stellung eines tauglichen Bürgen“ zu begnügen, während das corpus iuris nur sogenannte Cautionsstipulationen, also nur ein Versprechen, für drohenden Schaden einzustehen, kannte.

---

[1]) Planck a. a. O. Seite 30.

C. Geltendmachung des Ersatzanspruches.

I. Durch Retention.

§ 12.

Steht dem Besitzer nach unserer bisherigen Erörterung das Recht zu, vom Eigentümer Ersatz seiner Impensen zu verlangen, so ergiebt sich jetzt die Frage, die uns hier wird zu beschäftigen haben: Wie machte er sein Recht dem Vindikanten gegenüber geltend? Da das corpus iuris nicht trennt den materiellen Anspruch und dessen formelle Geltendmachung, so wurde bei der Untersuchung der Ersatzvorschriften des römischen Rechtes wohl hier und da schon das Rechtsmittel, das es ihm verlieh, erwähnt, nämlich die exceptio doli und mit ihr ein Retentionsrecht: impendia autem . . per exceptionem doli retinere possem l. 14 § 1 D. 10, 3. Durch den Ausdruck exceptio doli und den Anklang an die actio doli könnte man auf den Gedanken kommen, auch hier den dolus nur als Betrug zu fassen. Dieser Annahme würde aber die in l. 4 § 33 D. 44, 4 angegebene Thatsache widersprechen. Es scheint daher, dass unsere exceptio von ihren Anfängen an, den Zweck hatte, einander gegenüber stehende Ansprüche auszugleichen.[1])

Für diese Behauptung spricht auch der Text der Formel, die zur Zeit Kaiser Hadrians gelautet hat: si in ea re nihil

[1]) Pernice a. a. O. Seite 233.

dolo malo factum sit, neque fiat, wie uns *Gaius*[1]) berichtet. Diese Formel zerfällt augenscheinlich in zwei Teile, der 2. Theil: neque fiat ist für unsere Betrachtung von grösster Bedeutung, man bezeichnet ihn gemeinhin als exceptio doli generalis, obgleich wir in den Quellen eine derartige Benennung nicht finden. Durch Einschiebung dieser exceptio in die formula hatte also der iudex zu untersuchen, ob in der Klageerhebung ein Unrecht lag, d. h. wenn wir auf das Gebiet der Impensen zurückkommen, ob dem Beklagten wirklich Gegenansprüche wegen Verwendungen zustehen, denn dann wäre es dolos vom Eigentümer, seine Sache ohne Erstattung der darauf gemachten Impensen zu vindizieren. Wir sehen also, dass es der Gesichtspunkt der Billigkeit ist, der hier vorherrschen muss, wie uns das zu wiederholten Malen versichert wird, so von *Papinian* in l. 12 von *Paulus* in l. 1 § 1 D. 44, 4 und von *Marcianus* in l. 5 D. 33, 4.

Was wird nun aber durch eine derartige in die formula gesetzte exceptio doli geschützt? Da kommen wir auf das Gebiet der Kontroverse. *Grosskopff*[2]) behauptet, der Praetor verleiht hier seinen Schutz lediglich einem faktischen Zustand, der Thatsache, dass auf eine fremde Sache Verwendungen gemacht sind. Wenn er sich aber hierbei auf Quellenstellen beruft, wie l. 14 § 1 D. 10, 3: impendia retineantur, so ist *Langfeld*[3]) zuzugeben, dass „von einem Besitz von Verwendungen nur in einem unjuristischen Sinne gesprochen werden kann“ und dass man die von jenem erwähnten Stellen auch so auffassen kann, dass das corpus iuris dem Besitzer durch die Retention gestattet, auf den Eigentümer einen gewissen Zwang auszuüben, und damit eine Rechtspflicht zur Impensenzahlung anerkannt. Wenn aber *Langfeld* deshalb eine obligatio naturalis annehmen will, so können wir ihm darin nicht folgen, denn dieser Begriff wird in den Quellen in derartigem Zusammenhange

[1]) Gaius, Institutionen a. a. O., Buch 4, § 119.
[2]) Grosskopff, Zur Lehre vom Retentionsrecht, Seite 25 ff.
[3]) Langfeld, Die Lehre vom Retentionsrecht, Seite 27.

nicht gebraucht.[1]) Aehnlich wie *Langfeld* will *Goldschmidt*[2]) „eine obligatio naturalis der schwächeren Art" annehmen.

Am klarsten ist es, wir folgen der Ansicht von Pernice und betrachten hier einen Gegenanspruch als vorliegend, der mit exceptio doli durchgesetzt wird und sich darstellt „als ein so schwach wie möglich geschütztes Vermögensrecht."

Bei der Frage, wem die exceptio doli auf Ersatz von Verwendungen zusteht, hat man oft bona fides des Excipienten gefordert, so *Gaius* Institutionen Buch 2 § 76: utique si bonae fidei possessor fuerit. Wir hatten jedoch schon oben zu zeigen, dass auch mitunter dem malae fidei possessor die exceptio doli zustand, nämlich bei impensae necessariae.[3]) Nur einem versagt das corpus iuris grundsätzlich sein Retentionsrecht, das ist der fur. Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei, vel etiam usus possessionisve: l. 1 § 3 D. 47, 2. Wer nach Begehung eines solchen Deliktes Verwendungen auf die fremde Sache macht, dem verweigert der Praetor nach l. 1 C. 8, 51, wie schon oben erwähnt, die exceptio doli.

Sehen wir von dieser Ausnahme ab und betrachten wir vielmehr den Fall, wo dem Besitzer wirklich ein Verwendungsanspruch zusteht und er deshalb mit Erfolg in iure die Einschaltung der exceptio doli in die formula petitoria erlangt hat, so wird es sich hauptsächlich um die Wirkung handeln, welche sie der rei vindicatio gegenüber ausübt. Bei Erörterung der für uns in Frage kommenden Quellenstellen werden wir vor allem das Formular-Verfahren zu berücksichtigen haben, denn eine materielle Regelung der Wirkungen des Retentionsrechtes im corpus iuris giebt es nicht, den Klassikern geht vielmehr „Alles in der prozessualen Gestaltung auf."[4]) Doch die Wirkungen der exceptio doli sind bestritten. Die einen wollen ihr eine minuierende

[1]) Pernice a. a. O Seite 253.
[2]) Goldschmidt a. a. O. Seite 973.
[3]) Goldschmidt a. a. O. Seite 972, Anmerkung 13.
[4]) Pernice a. a. O. Seite 253.

Wirkung zuerkennen, die anderen leugnen dies und behaupten, gänzliche Abweisung der Klage sei die unabwendbare Folge. Untersuchen wir die diesbezüglich in Betracht kommenden Digestenstellen, zuförderst l. 48 D. 6, 1. Hier sollen drei Faktoren zusammen wirken, um dem Beklagten Ersatz seiner Impensen zu verschaffen, eine exceptio doli, officium judicis und aequitatis ratio.[1]) Die Wirkungen dieser drei Mittel stellt *Papinian* so dar: Nach der aequitas muss sich der Besitzer die perzipierten Früchte anrechnen lassen, das officium iudicis ist es, hier ein arbitrium zu erlassen, das ist eine den actiones arbitrariae zukommende Eigentümlichkeit, „eine prozessleitende Verfügung",[2]) durch diese soll dem Richter eine Handhabe gegeben werden, vor der sententia auf Naturalrestitution hinzuwirken, und hierbei konnte er auch Gegenansprüche in Rechnung ziehen, „servare"; d. h. auch den Kläger auffordern ,seinerseits die Impensen zu zahlen, dadurch erlangt das arbitrium eine grosse Aehnlichkeit mit den bonae fidei iudiciis: „tantum fere potest arbitrium, quantum bona fides."[3]) Befolgt nun der Kläger nicht das Gebot des iudex zu restituieren, dann heisst es in unserer Stelle: cogitur, das bezieht sich auf die nunmehr in Kraft tretende exceptio doli.[4]) Diese hatte mit dem arbitrium nichts zu thun, sondern bezieht sich lediglich auf die sententia, sie ist eine negative Bedingung der Kondemnation,[5]) welche zu den in der intentio genannten hinzutritt. Ist sie aber eine negative Bedingung der Kondemnation, so ist die konsequente Folge, dass, wenn sie defiziert, von einer Verurteilung nicht die Rede sein kann, das cogitur heisst also hier nichts anderes als Abweisung der Klage. Von einer minuierenden Wirkung kann hier überhaupt nicht die Rede sein.

---

[1]) Brinz, Die Lehre von der Kompensation, Seite 72 ff.
[2]) Pernice a. a. O. Seite 289.
[3]) Cuiacius a. a. O., Buch 10, cap. 1.
[4]) Brinz a. a. O. Seite 74.
[5]) v. Savigny, System des heutigen römischen Rechtes, 5. Bd, S. 161.

wie auch von *Dernburg*[1]) zugegeben wird. Eine eigentümliche Ansicht entwickelt hingegen *Eisele*.[2]) Er schreibt der exceptio doli, welche den Zweck hat, Gegenansprüche des Beklagten wegen Verwendungen zur Geltung zu bringen, nur eine Richtung gegen den Restitutionsanspruch zu, er nimmt an, dass sie hier im arbitrium stehe und hält es so auch für denkbar, dass es möglicherweise zu einer teilweisen Kondemnation kommen kann. Das werden wir aber nicht annehmen können, denn wie schon gesagt, hat die exceptio doli mit dem arbitratus auch nicht das Geringste zu thun, hier kam das reine richterliche Ermessen zur Geltung, ohne dass es einer exceptio doli bedürfte, um dem iudex anzubefehlen, auf die Gegenansprüche Rücksicht zu nehmen. Dagegen stellt sich das Verfahren bis zur pronuntiatio, einer Zwischenentscheidung, die den Zweck hat, das Eigentum des Klägers festzustellen,[3]) durchaus als ein strictum iudicium dar, in diesem hat sicherlich die exceptio doli ihren Platz gehabt.[4]) desshalb kann sie sich auch auf dieses allein beziehen. Dagegen kann uns ein anderer Zweifel kommen. Wozu bedürfte es denn überhaupt der exceptio doli, wenn man bei den Arbitrarklagen dem officium iudicis einen so weiten Spielraum gab? Denn auch ohne exceptio doli lässt sich der Fall wohl denken, dass, falls der Kläger Erstattung der Impensen verweigert, der Richter dem Beklagten rät, die Sache nicht zurückzugeben, ferner den Kläger auch nicht den Würderungseid schwören lässt und den Besitzer auf einen möglichst geringen Betrag condemniert.[5]) Deshalb bezeichnet *Cuiacius*[6]) die Ausdrucksweise der l. 48 cit. als inconnexum

[1]) Dernburg, Geschichte und Theorie der Kompensation, Seite 227, Anmerkung 2.

[2]) Eisele, Die Kompensation nach römischem und gemeinem Recht, Seite 79.

[3]) Keller, Der römische Civilprozess und die Aktionen, Seite 109.

[4]) Pernice a. a. O. Seite 288, 289.

[5]) Pernice a. a. O. Seite 289.

[6]) Cuiacius a. a. O., 10. Buch, cap. 1.

als ein σκοτεινὸν dicendi genus, es müsste nach ihm heissen, vel officio iudicis, vel exceptione posita. Eine befriedigende Lösung lässt sich wohl kaum finden, wir werden daher annehmen müssen, dass beides neben einander bestand und, dass durch die Einschaltung der exceptio doli auf den Kläger noch ein besonders starker Zwang dahingehend ausgeübt wurde, dem arbitratus des iudex zu genügen. — Eine grosse Anzahl von Stellen giebt es, die in unzweideutigster Weise darlegen, dass die exceptio doli gegenüber der Vindikation stets gänzliche Abweisung zur Folge hatte, so l. 4 § 9 D. 44, 4: exceptione doli mali repellendus est, l. 7 § 12 D. 41, 1: poterit per exceptionem doli mali repelli, ebenso l. 16 C. 3, 32: ne doli mali possis exceptione summoveri: Dass summovere immer gänzlich zurückschlagen heisst, bestreitet *Ubbelohde*[1]) und beruft sich darauf, dass die klassischen Juristen auch von einem pro parte summovere sprechen; aber gerade dadurch schafft er einen Beweis gegen sich selbst, wir werden daher wohl in diesem Punkte der Ansicht von *Eisele*[2]) folgen können, der summovere mit völlig zurückschlagen übersetzt und sich auf 76 Quellenstellen stützt, wo der Ausdruck stets nur in diesem Sinne gebraucht ist. Als den erwähnten Stellen direkt widersprechend erscheint auf den ersten Blick l. 38 D. 6, 1 in ihren Worten: eo deducto tu condemmandus es. Dieses Fragment ist denn auch besonders von *Dernburg*[3]) als Hauptbelag für die kondemnationsmindernde Wirkung der exceptio doli angeführt worden. Er behauptet, dass *Celsus* dem iudex für den Fall, dass dem Eigentümer die Sache verkäuflich ist und er dem Besitzer nicht die Impensen ersetzt, das Mittel zu Gebote stellt, den Besitzer auf die Litisästimationssumme abzüglich des Wertes der Verwendungen zu kondemnieren. Von einer hier in Wirksamkeit tretenden exceptio doli sehen wir in dieser Stelle nichts.

---

[1]) Ubbelohde a. a. O. Seite 132, Note 27 und Seite 90.

[2]) Eisele a. a. O. Seite 71.

[3]) Dernburg: Kompensation Seite 227.

Dernburg behauptet zwar, und darin stimmt *Eisele*[1]) mit ihm vollkommen überein, dass wir sie uns hier werden zu ergänzen haben. Das bestreitet aber *Pernice*[2]) mit Recht, denn in der That scheint hier von einem Prozessstadium die Rede zu sein, für das die exceptio doli belanglos ist, nämlich dem Zeitpunkte nach der Pronunziation. Hier hat sich der Richter zu überlegen, wie er die sich widerstreitenden Ansprüche der beiden Parteien in billiger Weise gegen einander abwägt, und hier kann man sich das deducere sehr wohl als eine Rechnungsmanipulation vorstellen. Diese Meinung ist jedenfalls ansprechender als die von *Eisele*,[3]) der hier annimmt, dass der iudex das arbitrium bald auf Geld richtet und hier die Gegenforderung zugleich abzieht. Doch die Stelle ist jedenfalls verdächtig. Es heisst in ihr: reddat impensam, ut fundum recipiat, aus dem Wort recipiat können wir entnehmen, dass der Besitzer bereit ist, das Grundstück herauszugeben, aber natürlich nur gegen Ersatz der Impensen; befolgt nun der Eigentümer seinerseits den Restitutionsbefehl des iudex nicht, so kann nach alledem, was wir bis jetzt gesehen haben, nichts Anderes die notwendige Folge sein als völlige Abweisung des Klägers, denn jetzt ist der Zeitpunkt gekommen, wo die exceptio doli ihre Wirkung geltend macht, nimmermehr aber kann diese Wirkung eine Verurteilung, wenn auch mit noch so grossem Abzug sein.[4]) Wir werden daher nicht umhin können, hier eine Interpolation als vorliegend anzunehmen, wie es auch *Pernice*[5]) und *Eisele*[6]) thun. Denn in der ganzen Stelle ist immer nur vom arbitrium iudicis die Rede und am Schluss plötzlich von einer Kondemnation, ausserdem muss das constituimus auffallen, während es doch vorher

---

[1]) Eisele a. a. O. Seite 82.
[2]) Pernice a. a. O. Seite 293, 294.
[3]) Eisele a. a. O. Seite 84.
[4]) Eisele a. a. O. Seite 84.
[5]) Pernice a. a. O. Seite 294.
[6]) Eisele a. a. O. Seite 84.

heisst, constituet; in der ersten Person pluralis spricht von sich aber kein klassischer Jurist.[1])

Daher werden wir annehmen können, dass auch diese Stelle keinen strikten Gegenbeweis liefert gegen die Ansicht, dass die Wirkung der exceptio doli stets völlige Abweisung ist, sodass wir die Behauptung, die *Gaius*[2]) von der exceptio doli aufstellt: ut conditionalem faciat condemnationem, in vollem Umfange werden aufrecht zu erhalten haben.

Aus dem Gesagten ergiebt sich ferner die Notwendigkeit, dass das Retentionsrecht hier in rem wirkt, dass also die exceptio doli ihre abweisende Kraft gegen jeden äussert, der die rei vindicatio anstellt, mag also zur Zeit der Vornahme der Verwendung wer immer Eigentümer gewesen sein.[3])

Der Besitzer hat aber gegen den Eigentümer nicht nur wegen der von ihm selbst gemachten Verwendungen, sondern auch für die seines Auktor das Retentionsrecht. Diesen ausserordentlich wichtigen Satz finden wir sonderbarer Weise nicht in unserem Haupttitel, *Paulus* spricht ihn vielmehr in l. 14 § 1 D. 10, 3 als einen feststehenden Grundsatz aus, den er von der rei vindicatio auf die actio communi dividundo übertragen wissen will.[4])

Auch das B.-G.-B. giebt dem Besitzer, ebenso wie das corpus iuris wegen der ihm zu ersetzenden Verwendungen ein Retentionsrecht nach § 1000, dessen Voraussetzungen auch ohne besondere gesetzliche Bestimmung an sich schon nach der Ansicht der Motive[5]) gegeben wären. Wir wollen zuvörderst ebenso wie im römischen Recht untersuchen, was durch dieses Zurückbehaltungsrecht geschützt wird.

Steinbach[6]) behauptet, dass „die Thatsache, dass etwas auf die Sache aufgewendet wurde, wegen dessen ein Ersatz-

[1]) Eisele Seite 84.

[2]) Gaius, Institutionen Buch 4 § 119.

[3]) Langfeld a. a. O. Seite 138. Goldschmidt a. a. O. Seite 990.

[4]) Franke, Beiträge zur Erläuterung einzelner Rechtsmaterien, 1. Abteilung, Seite 59, 60, 2. Abh.: Zum Retentionsrecht gegen dingliche Klagen.

[5]) Motive a. a. O. Seite 416.

[6]) Steinbach a. a. O. Seite 25.

anspruch bestehen würde, falls die hierfür vorgeschriebenen Bedingungen eingetreten wären, das Retentionsrecht begründet.“ Diese Ansicht entspricht der von *Grosskopff* für das corpus iuris verteidigten, gegen sie können also alle dort erwähnten Gründe vorgebracht werden, ausserdem aber giebt das B.-G.-B. hier selbst einen Anhalt, denn wenn es in § 1001 sagt: „Der Besitzer kann den Anspruch auf Ersatz von Verwendungen nur geltend machen, wenn . . . so giebt es doch damit unverkennbar die Anschauung zu verstehen, dass es schon vor den hier erwähnten Thatsachen einen Anspruch annimmt, dessen prozessuale Geltendmachung es nur hinausschiebt. Der erste Entwurf zum B.-G.-B. konnte zu solchen Zweifeln viel eher Anlass geben, wenn er im § 938 Absatz 1 sagt, dass die Verwendungsansprüche bedingte sind, denn hier konnte man schwanken, ob vor Eintritt dieser Bedingung von einem Anspruch überhaupt schon die Rede sein konnte. Das B.-G.-B. aber drückt sich in § 1001 völlig unzweideutig aus und eine solche Aenderung eine rein redaktionelle zu nennen, wie es *Steinbach* thut, ist doch wohl unrichtig.[1]) Allerdings müssen wir zugeben, dass es sonderbar ist, wenn hier ein Anspruch gegeben wird, dessen Geltendmachung von dem Eintritt einer Thatsache abhängig ist. — Hierin ähnelt das B.-G.-B. dem corpus iuris, indem es hier dem Verwendenden, wenn er im Besitze der Sache ist, vor der Genehmigung der Impensen nicht einen vollen, also unbehindert geltend zu machenden, sondern nur einen schwächeren Anspruch zuerkennt, den es durch ein Retentionsrecht schützt. Wem giebt nun aber das B.-G.-B. dieses Zurückbehaltungsrecht? „Dem Besitzer“, also dem gut- wie dem bösgläubigen Besitzer für die Verwendungen, die ihm nach §§ 994—996 und 998 zu ersetzen sind. In einem Falle versagt es jedoch dieses Retentionsrecht und geht hiermit über das corpus iuris hinaus. Dieses verweigert das Zurückbehaltungsrecht nur dem fur, das B.-G.-B. aber entzieht es demjenigen, der die Sache „durch eine vorsätzlich

[1]) Steinbach a. a. O. Seite 20, Anmerkung 15.

begangene unerlaubte Handlung erlangt hat.“ Unter Vorsatz versteht man „die Kenntnis derjenigen Thatbestandsmerkmale, welche die konkrete Handlung zu einer unerlaubten machen“,[1]) unerlaubt ist aber eine Handlung, die sich darstellt als „ein Eingriff in die befriedete Rechtssphäre eines Einzelnen.“[2]) Es ist also gleichgiltig, ob die Handlung strafbar ist oder nicht, ob sie in gutem oder bösem Glauben vorgenommen wurde,[3]) sobald sie unerlaubt und mit Vorsatz begangen ist, kann das Zurückbehaltungsrecht nicht ausgeübt werden. — Was nun die Wirkung der geltend gemachten Retentionseinrede anlangt, so muss *Steinbach,* wenn er durch das Zurückbehaltungsrecht nur einen thatsächlichen Zustand geschützt wissen will, konsequent zu dem Resultate kommen, dass dasselbe, wenn es im Prozess einredeweise geltend gemacht wird, die Klage gänzlich zu Falle bringt, damit setzt er sich aber in Gegensatz zu der ganz allgemein herrschenden Ansicht,[4]) dass hier die Vorschrift des § 274 Abs. 1 wird heranzuziehen sein, dass also der Besitzer verurteilt wird zur Leistung Zug um Zug, d. h. zur Herausgabe der Sache gegen Empfang der Verwendungskosten. Klagt daher der nicht eingetragene Eigentümer gegen den fälschlich eingetragenen Besitzer, so wird das Urteil ergehen müssen auf Erteilung der Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuches gegen Empfang des Impensenbetrages.[5]) Somit finden wir hier einen grossen Unterschied vom römischen Formularverfahren, hier musste, sobald sich die Retentionseinrede als gerechtfertigt herausstellte, stets völlige Abweisung erfolgen, während, wie wir eben sahen, das B.-G.-B. durchaus auf einem gemässigteren Standpunkt steht, indem es den

---

[1]) Steinbach a. a. O. Seite 26.

[2]) Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes, 1. Band, Seite 908.

[3]) Enneccerus und Lehmann Seite 107. Biermann a. a. O., Bemerkung zu § 1000.

[4]) Fischer und Henle a. a. O., Bemerkung 2 zu § 1000. Kober a. a. O. Bemerkung zu § 1000.

[5]) Dernburg, Sachenrecht a. a. O. Seite 354, Anmerkung 6.

Interessen beider Parteien dadurch Rechnung trägt, dass es den Besitzer zur Leistung Zug um Zug verurteilt.

Aus § 999 ergiebt sich, dass der Besitzer nicht nur wegen der von ihm vorgenommenen Impensen, sondern auch wegen derjenigen seines Vorbesitzers retinieren kann, und zwar in demselben Umfange wie dieser, wenn er mit der Eigentumsklage belangt worden wäre, ferner, dass ihm das Zurückbehaltungsrecht wegen seines ganzen Verwendungsanspruches gegen den Eigentümer zusteht, gleichgiltig, ob diesem oder einem anderen die Sache zu der Zeit gehörte, wo die Verwendung vorgenommen wurde. Hierin giebt das B.-G.-B. mit dem corpus iuris völlig übereinstimmende Vorschriften.

Das Gesetz versagt aber dem Eigentümer nicht jedes Mittel, um das für ihn so lästige Retentionsrecht abzuwenden, es giebt ihm vielmehr nach § 273 Absatz 3 das Recht, sich den Besitz seiner Sache dadurch wieder zu verschaffen, dass er dem Beklagten gemäss §§ 232 ff Sicherheit leistet, diese kann aber durch Bürgen hier nie geschehen, der Besitzer kann vielmehr reale Sicherheitsleistung verlangen.[1])

Kommt der Eigentümer in Konkurs, so hat die moderne Gesetzgebung den Besitzern dadurch einen besonders kräftigen Schutz verliehen, dass sie ihnen nach § 49 Absatz 1 Ziff. 3 K.-O. ein Absonderungsrecht giebt „wegen des den noch vorhandenen Vorteil nicht übersteigenden Betrages ihrer Forderung aus der Verwendung in Ansehung der zurückbehaltenen Sache“ und sie somit auf eine gleiche Stufe mit den Pfandgläubigern in dieser Beziehung stellt.[2])

II. Durch Klage.

§ 13.

Wir sahen im vorigen Paragraphen, dass das corpus iuris dem Besitzer als Mittel der Geltendmachung seiner

[1]) Kober a. a. O., Bemerkung Nr. 1 zu § 1000.

[2]) Biermann a. a. O., Anmerkung zu § 1000.

Verwendungen eine exceptio doli und ein Retentionsrecht gab. Wie würde sich aber der Fall gestalten, wenn der Besitzer dem Herausgabeanspruch genügte, ohne sich den erwähnten Vorbehalt in die formula aufnehmen zu lassen, konnte er auch dann noch dem Vindikanten gegenüber seine Impensenforderung durch Klage geltend machen?

Eine grosse Anzahl unzweideutiger Quellen versagen ihm diese durchaus, so l. 48 D. 6, 1 sumptus . . . neque a domino peti possunt, verum exceptione doli . . . servantur, l. 33 D. 12, 6 nullo alio modo, quam per retentionem impensas servare posse, l. 14 D. 44, 4 non alias sumptus consequi posse, quam si possideat . . scilicet opposita doli mali exceptione. Trotzdem hier in überaus klarer Weise dem Besitzer eine Klage wegen Impensen verweigert wird, hat es doch immer von dem Glossator *Martinus* an bis in unsere Zeit Juristen gegeben, welche diese in der That recht sonderbare Klageverweigerung bestritten und aus anderen Stellen des corpus iuris auf eine wirklich vorhandene Impensenklage schliessen zu können geglaubt haben.[1]) Es wird unsere Aufgabe sein, auf die hauptsächlichsten hier in Betracht kommenden leges einzugehen. —

In l 5 C. 3, 32 heisst es: . . . nullam habeant repetitionem, nisi necessarios sumptus fecerint. *Kohler*[2]) verweist nur auf die eben angeführte Stelle, ohne sich auf eine Erklärung derselben einzulassen, doch zweifellos ist, dass er ebenso wie *Monroy*[3]) aus dem Worte repetitionem herauslesen will, dass „die Römer an ihrem Prinzip nicht festgehalten haben", sondern dem malae fidei possessor wegen impensae necessariae eine Klage gegeben haben. Das ist aber sicher unrichtig, davon überzeugt uns schon *Donellus*,[4])

---

[1]) Simon, Dissertation Seite 32.

[2]) Kohler, „Die Menschenhilfe im Privatrecht." In Iehring's Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Seite 97.

[3]) Monroy, Die vollmachtlose Ausübung fremder Vermögensrechte § 23.

[4]) Donellus a. a. O., Buch 20, cap. 7 Nr. 30.

wenn er sagt, dass durch das hier vorkommende Wort repetitio „generaliter omnis postulatio significatur. Itaque pertinet tam ad eum, qui per exceptionem postulat. . . . quam ad eum, qui ultro agendo aliquid petat." Ein Beweis wird also dadurch nicht erbracht, wir müssen ferner *Chambon*[1]) zugeben, dass, nähme man die Ansicht von *Kohler* und *Monroy* an, es doch sehr sonderbar wäre, wenn in der zitierten Stelle hinsichtlich der impensae necessariae dem malae fidei possessor eine Klage gegeben wäre, wegen der impensae utiles aber nur das ius tollendi. Aus dieser Konstitution lässt sich also eine Klage nicht herleiten. In l. 6 § 3 D. 3, 5 heisst es, dass der malae fidei possessor, welcher non mei contemplatione, sed sui lucri causa meine Geschäfte geführt hat, mit der actio negotiorum gestorum belangt werden könne: Ipse tamen, si circa res meas aliquid impenderit, . . . in id, . . quod . . ego locupletior factus sum, habet contra me actionem. Diese Stelle wird von *Monroy*[2]) ganz sonderbar aufgefasst. Aus den Schlussworten entnimmt er, dass dem Verwendenden wegen Impensen eine condictio zustehe; stellt aber der dominus gegen den malae fidei possessor die Klage an, so ratihabiere er damit die Handlungsweise des Verwendenden, der nunmehr die Stellung eines wahren negotiorum gestor erhalte. Diese Ansicht haben wir aus zwei Gründen zurückzuweisen:

1) ist in unserer lex nicht von einer condictio, wie *Monroy* meint, sondern von einer actio die Rede,

2) kann von einer wahren negotiorum gestio hier überhaupt nicht gesprochen werden, weil der Verwendende hier nicht den animus obligandi hat. [Wenn *Chambon*[3]) behauptet, man könne sich beim malae fidei possessor den animus obligandi noch eher denken, als beim bonae fidei possessor, so werden wir uns dieser Anschauung nicht anschliessen können.] Durch die einseitige Klageanstellung des dominus kann aber

[1]) Chambon, Die negotiorum gestio Seite 141 ff.

[2]) Monroy a. a. O. § 23.

[3]) Chambon a. a. O. Seite 141 f.

dieser fehlende animus obligandi unmöglich ersetzt werden.[1]) Wir werden uns vielmehr diese lex so zu erklären haben, dass in diesem Falle „die Rechtsordnung den widerrechtlichen Willen gegen den Thäter kehrt“,[2]) also einen animus domini fingiert und mithin dem Eigentümer eine actio negotiorum gestorum directa giebt; hier muss natürlich beim Vorliegen von Auslagen eine correspondierende actio contraria, wenn auch in beschränktem Umfange, die notwendige Consequenz sein. Wenn *Kohler*[3]) meint, dass „eine Anwendung des in dieser lex angegebenen Prinzips zu der von *Julian* verpönten actio auf die Bereicherung führe“, so geht er darin doch zu weit, denn man kann unmöglich mit einem zweifelhaften Analogieschluss eine grosse Reihe unzweideutiger Quellenzeugnisse widerlegen wollen. Am Schluss von l. 23 § 5 D. 6, 1 heisst es: ideoque in omnibus his casibus, in quibus neque ad exhibendum, neque in rem locum habet, in factum actio necessaria est. Aus dieser Stelle hat besonders *Sell*[4]) und *Zimmermann*[5]) auf eine Impensenklage schliessen wollen. Jedoch mit Unrecht, aus dem ganzen Zusammenhang der Stelle ergiebt sich nämlich ein anderer Sinn. *Paulus* spricht zu Anfang von den Fällen, wo das Eigentum an einer Nebensache beschränkt ist oder völlig untergeht, und somit auch der rei vindicatio Grenzen gesetzt sind. Als Beispiel bringt er hier die ferruminatio vor. Das Sondereigentum an den Arm ist untergegangen und durch das Eigentum an der Statue völlig aufgesogen worden. Deshalb kann von einer rei vindicatio überhaupt keine Rede sein, aber ebenso wenig von einer actio ad exhibendum, denn die Verbindung ist ja eine ganz unlösliche. Deshalb muss dem früheren Eigentümer des Armes geholfen werden,

---

[1]) Kohler a. a. O. Seite 72. Weidemann, Dissertation: Verwendungsbegriff und Verwendungsklage, Rostock 1900 Seite 24.

[2]) Kohler a. a. O. Seite 123.

[3]) Kohler a. a. O. Seite 97, Anmerkung 5.

[4]) Sell, Versuche im Gebiete des Civilrechts, 1. Teil, § 38.

[5]) Zimmermann, Echte und unechte negotiorum gestio, § 11.

und das geschieht in diesem Falle durch die actio in factum, dass aber diese Verbindung etwa durch den ehemaligen Eigentümer des Armes selbst vorgenommen worden ist, davon sagt uns der Jurist nicht das Geringste, wir werden uns daher durchaus der Ansicht von *Witte*[1]) anschliessen müssen, dass hier von dem Fall die Rede ist, „wenn jemand sein Eigentum durch Handlungen eines Dritten verloren hat", mag dieser Dritte nun der Bereicherte selbst oder ein anderer sein. Wenn *Zimmermann*[2]) darauf repliziert, es heisse ja im weiteren Verlauf der Stelle: non posse dici brachium tuum esse, daher ergebe es sich, dass der Eigentümer des Armes die Verbindung selbst vorgenommen habe, so können wir ihm darauf erwidern, dass zwar hier, am Ende der lex, von einer untrennbaren Verbindung durch den Eigentümer des Armes die Rede ist, dass aber von einer actio in factum hier nichts gesagt wird, und wenn man sie sich hier ergänzen will, so ist das sehr bedenklich.[3])

Davon also, dass sich *Paulus* hier zur Gewährung einer Klage bekehrt hätte, kann nicht die Rede sein. Die ganze Beweisführung, die *Zimmermann* hier unternimmt, bezeichnet *Windscheid*[4]) mit Recht als ausserordentlich gewagt. – Also auch aus dieser lex können wir unmöglich auf eine allgemeine Impensenklage schliessen.

Aus welchen Gründen finden wir aber eine solche im corpus iuris verweigert? Wenig förderlich ist die Erklärung des *Paulus* in l. 14 § 1 D. 10, 3, in welcher er demjenigen, der quasi in rem suam impendit, eine Klage aus unbeauftragter Geschäftsführung verweigert, quia neminem mihi obligare volui. Interessanter ist eine Erklärung *Julians* in l. 33 D. 12, 6 . . . condictio locum non habebit, quia nullum negotium inter nos contraheretur. Derjenige also, der eine

[1]) Witte, Die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechtes, § 1.

[2]) Zimmermann a. a. O. § 11.

[3]) Weidemann a. a. O. Seite 27.

[4]) Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechtes, 6. Auflage, 2. Band § 422, Anmerkung 7.

nicht geschuldete Geldsumme zahlt, aliquid negotii gerit, nicht aber der dominus, der sein Grundstück in Besitz nimmt, auf welchem von einem anderen ein Gebäude errichtet ist. Mit vollem Recht bemängelt *Pernice* und *Zimmermann*[1]) die hier gegebene Erklärung, denn aus l. 32 D. 12, 1 ergiebt sich, dass die Römer das Vorliegen eines obligatorischen Vertragsverhältnisses als Erfordernis zur Anstellung einer Condiktion allmählich aufgegeben und diese lediglich auf das Vorliegen einer ungerechtfertigten Bereicherung hin gegeben haben. Deshalb geht also in der That *Julian* einen Schritt rückwärts, wenn er hier wieder ein negotium als Voraussetzung der Condiktion betrachtet. Trotzdem also diese Erklärungen des corpus iuris durchaus unbefriedigende sind, finden wir doch keine einzige Stelle im corpus iuris, die uns hier Hilfe bringt und uns über diese sonderbare Anomalie des römischen Rechtes aufzuklären vermag.

Von Interesse dürfte es sein, kurz zu betrachten, wie man sich in moderner Zeit mit dieser Klageverweigerung abgefunden hat.

Sell[2]) schliesst aus dem „Geiste des römischen Rechtes," dass, wenn der verwendende Besitzer von dem so nahe liegenden Mittel der Retention keinen Gebrauch macht, angenommen werden kann, dass er entweder darauf verzichtet habe oder in culpa sei.

Pfersche[3]) sieht in der Klageverweigerung einen „Rest historischer Unvollkommenheit."

Langfeld[4]) glaubt aus l. 6 D. 39, 2 folgern zu können, dass das römische Recht deswegen eine Klage versagte, weil es „den Gegnern nicht zwingen will, die Verwendungen zu ersetzen, wenn die Sache selbst für ihn jenen nicht gleichwertig ist." *Monroy*[5]) sieht die Vornahme der Verwendung

---

[1]) Pernice a. a. O. Seite 256. Zimmermann a. a. O. § 11.
[2]) Sell, Versuche a. a O. § 53.
[3]) Pfersche, Die Bereicherungsklagen Seite 86.
[4]) Langfeld a. a. O. Seite 37, Anmerkung 22.
[5]) Monroy a. a. O. Seite 176, 177.

als einen Eingriff in fremde Vermögensrechte an und glaubt, das corpus iuris verweigere ein Klagerecht, weil derjenige, welcher solche Eingriffe unternimmt, dies auf seine Gefahr thut; demjenigen, der wissentlich in fremdes Recht eingreift, legt man ja sogar nach l. 7 § 12 D. 41, 1 culpa zur Last. — Welcher von diesen Begründungen wir uns aber auch anschliessen wollen, das Eine steht fest: eine Klage wegen Impensen kennt das corpus iuris nicht. Den Schluss können wir aber aus dieser sich durch Jahrhunderte hindurchziehende Kontroverse, aus diesem steten Ringen nach einem selbständig geltend zu machenden Anspruch ziehen, dass ein dringendes, unabweisliches Bedürfnis nach einem solchen stets sich fühlbar gemacht haben muss.

Diesem Bedürfnis hat das B.-G.-B. Rechnung getragen, es hat in den §§ 1001 und 1002 eine Klage wegen Verwendungen gegeben. Hierin haben wir zweiffellos einen der grössten Unterschiede zwischen der römischen und unserer heutigen Impensenlehre zu suchen: das corpus iuris verweigert grundsätzlich eine Klage wegen Ersatz von Verwendungen, das B.-G.-B. giebt eine solche.

Schon bei Erörterung des Zurückbehaltungsrechtes war betont worden, dass das B.-G.-B. die Geltendmachung des Impensenanspruches an eine Voraussetzung knüpft: der Eigentümer muss entweder die Sache wiedererlangt oder die Verwendung genehmigt haben, einer solchen Genehmigung steht die Annahme der Sache von dem Besitzer vorbehaltlich der Ersatzansprüche gleich.

Man war sich bei den Berathungen der 2. Kommission[1]) darüber zweifelhaft, wie der Fall zu behandeln sei, wenn der Eigentümer durch Zufall, also nicht durch Uebergabe von Seiten des Verwendenden, in den Besitz der Sache gekommen ist und machte darauf aufmerksam, dass in letzterem Falle die Motive[2]) „den künstlichen Umweg einschlügen, dem Besitzer einen Kondiktionsanspruch auf Herausgabe

[1]) Protokolle a. a. O. Seite 4004.

[2]) Motive a. a. O. Seite 417.

des Besitzes der Sache und dann ein Zurückbehaltungsrecht zu geben.“ Man kam jedoch zu der Ueberzeugung, dass „Wiedererlangung“ hier im weitesten Sinne zu verstehen, dem Verwendenden mithin ein Klagerecht auch dann zu geben sei, wenn der Eigentümer ohne den Willen des Besitzers die Sache bekommen hat.

Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, so gewährt das Gesetz dem Besitzer gleichwohl ein Klagerecht, wenn der Eigentümer seine Verwendungen genehmigt hat, denn dadurch übernimmt dieser offenbar die unbedingte Verpflichtung, die Impensen des Besitzers zu zahlen. Es ist hier demnach wohl möglich, dass der Besitzer hier klagen kann, trotzdem er noch im Besitz der Sache ist, es stehen ihm daher Retentionsrecht und Klage zu gleicher Zeit zu, ausserdem ist er hier in der günstigen Lage seine Ersatzforderung auch dann geltend machen zu können, wenn die Sache untergeht vor der Herausgabe an den Eigentümer.[1])

Der Genehmigung steht nach § 1001 Satz 3 der Fall gleich, wenn der Eigentümer die Sache annimmt, trotzdem sich der Besitzer bei der Herausgabe seine Verwendungsansprüche vorbehält. Hier kann man sicher von einer stillschweigenden Genehmigung sprechen, zweifelhaft könnte es aber sein, ob dem Besitzer ausnahmslos das Recht eingeräumt werden kann, einen solchen Vorbehalt zu machen. Das würde jedoch offenbar zu grossen Unbilligkeiten führen, so müssen wir z. B. dem Besitzer ein solches Recht sicherlich absprechen, wenn er nach erfolgter Verurteilung dem vollstreckenden Gerichtsvollzieher gegenüber einen derartig wirksamen Vorbehalt machen will.[2])

Dass natürlich bei vorliegender Genehmigung und in dem dieser gleichgestellten Falle der Eigentümer strenger verpflichtet sein muss, als bei blosser Wiedererlangung des

---

[1]) Enneccerus und Lehmann Seite 111.

[2]) Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechtes, 1. Band, 8. Auflage, unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechtes, bearbeitet von Kipp, Seite 885.

Besitzes, liegt auf der Hand, das zeigt sich besonders in der Bestimmung des § 1001 Satz 2, eine Vorschrift, die sich erst im zweiten Entwurfe, § 913 Satz 2 findet und von da fast wörtlich in das B.-G.-B. übernommen ist. Es ist nämlich dem Eigentümer hiernach gestattet, sich von der Ersatzpflicht dadurch zu befreien, dass er die Sache dem Besitzer zurückgiebt. Von einer sochen Befreiung kann aber natürlich nach dem Eintritt jener obligatorischen Verpflichtung nicht mehr die Rede sein, denn hier haftet der Eigentümer unbeschränkt, also mit seinem ganzen Vermögen.[1]) Hat jedoch der Eigentümer seine Sache lediglich „wiedererlangt", so hielt man es für unbillig, ihn bedingungslos mit der Verpflichtung zum Ersatz von Verwendungen zu belasten,[2]) daher gab man ihm das erwähnte Mittel, sich von jener zu befreien. In dieser Zurückgabe liegt nichts anderes, als ein Verzicht auf das Eigentum an der Sache, welches nunmehr auf den Besitzer übergeht.[3]) Ist jedoch die Sache zur Zeit der Zurückgabe verschlechtert, so wird der Eigentümer bei vorliegendem Verschulden dann Schadensersatz zu leisten haben, wenn der Wert der Sache so gesunken ist, dass er die Höhe des Verwendungsanspruches nicht mehr erreicht.[4])

Was die Person anlangt, welcher die Klage auf Ersatz von Verwendungen zusteht, so heisst es in § 1001: „der Besitzer kann den Anspruch geltend machen", d. h. also der gut- wie der schlechtgläubige Besitzer, ja sogar der, welcher die Sache durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat, hat das Klagerecht. Ueberträgt ein Besitzer, der Verwendungen auf die Sache gemacht hat, seinen Besitz auf einen anderen, dem die Sache vom Eigenthümer abgenommen wird, so stimmen in der Regelung

---

[1]) Die gesamten Materialien zum B.-G.-B. von Mugdan, Denkschrift zum Sachenrecht Seite 133.

[2]) Protokolle a. a. O. Seite 4022.

[3]) Biermann a. a. O., Bemerkung zu § 1001.

[4]) Protokolle a. a. O. Seite 40025. Biermann a. a. O. Bemerkung 2 zu § 1001.

dieses Falles die Vorschriften des § 937 des 1. Entwurfes, des § 912 Abs. 1 des 2. Entwurfes und des § 999 Abs. 1 des B.-G.-B. bis auf ganz unwesentliche Verschiedenheiten mit einander überein. Es wird in ihnen dem Besitzer das Recht gegeben, nicht nur die eigenen Verwendungsansprüche, sondern auch die seines Vorgängers geltend zu machen und zwar in demselben Umfange, wie dieser dazu im Stande wäre, wenn er die Sache herauszugeben hätte. Einen wesentlichen Fortschritt machte hingegen der 2. Entwurf durch Einfügung des § 912 Abs. 2. unseres jetzigen § 999 Abs. 2, denn während der erste Entwurf keine ausdrücklichen Bestimmungen für den Fall gab, dass ein Wechsel in der Person des Eigentümers während der Besitzzeit des Verwendenden eintrat. weil man die Ueberzeugung hatte,[1]) dass sich „die persönliche Richtung des Verwendungsanspruches gegen denjenigen, welcher zur Zeit der Verwendung Eigentümer ist, aus dem Entwurf deutlich genug ergäbe," schuf man in dem § 912 Abs. 2 des 2. Entwurfes, dem § 999 Abs. 2 des B.-G.-B., eine actio in rem scripta, wonach der Eigentümer auch die Verwendungen zu ersetzen hat, die gemacht worden sind, bevor er das Eigentum erworben hat. Diese Vorschrift wird begreiflicherweise hauptsächlich bei Grundstücken zur Anwendung kommen. Hier ist sie aber insofern von Bedeutung, als sie eine Ausnahme bildet von dem Grundsatze der publica fides des Grundbuches: Ohne Eintragung geht die Verpflichtung die Impensen zu ersetzen auf den Eigentümer über und belastet das Grundstück wie ein dingliches Recht. Aber unbedenklich schuf man einen so weit gehenden Schutz,[2]) indem man erwog, dass ja bei Pacht und Miete eine gleiche Ausnahme vom Eintragungsprincip gemacht sei. Ausser Anwendung bleiben jedoch diese Bestimmungen bei dem Erwerb des Eigentums in der Zwangsversteigerung. hier haftet der

[1]) Motive a. a. O. Seite 416.
[2]) Protokolle a. a. O. Seite 4004.

Besitzer nicht für Ersatz der Impensen, die vor dem Zuschlage vorgenommen sind: Z. V. G. § 93.[1])

Hat auf die Eigentumsklage hin der Besitzer die Sache dem Vindikanten herausgegeben, so besteht ein natürliches Bedürfnis danach, dem Besitzer nicht zu gestatten, seine Ansprüche gegen den Eigentümer beliebige Zeit nach der Restitution geltend zu machen, so dass der Verwendende wegen Impensen klagen dürfte, die vielleicht schon vor Jahren gemacht sind. Hier war es Sache des Gesetzgebers, der Willkür zu steuern und den Besitzer zu zwingen, seine Forderung gegen den Eigentümer innerhalb einer kurzen Präklusiv-Frist einzuklagen. Diesem Bedürfnis wurde erst in § 913 Abs. 2 des 2. Entwurfes, dem § 1002 des B.-G.-B. Abs. 1 Rechnung getragen, in denen bestimmt wird, dass der Impensenanspruch bei Mobilien einen, bei Immobilien sechs Monate nach der (natürlich vorbehaltlosen) Herausgabe der Sache erlischt, wenn nicht vorher die gerichtliche Geltendmachung oder die Genehmigung des Eigentümers erfolgt.

Vor allem ist also hier von einer Verjährung nicht die Rede, denn es heisst der Anspruch „erlischt"; der praktische Unterschied ist der, dass nach Ablauf der angegebenen Frist der ganze Anspruch untergeht, mithin das nachher vom Eigentümer Gezahlte nach § 812 zurückgefordert werden könnte, während, hätten wir eine Verjährungsfrist vor uns, ein solches Zurückfordern nach § 222 ausgeschlossen wäre. Diese Bestimmung greift aber nur Platz, wenn dem Eigentümer die Sache vom Besitzer herausgegeben wird, nicht wenn er sie ohne den Willen des Verwendenden, z. B. durch Zufall wieder erlangt hat,[2]) denn hier vertritt das Gesetz offenbar den entgegengesetzten Standpunkt wie vorhin, hier schützt es den Besitzer, der die Sache ohne seinen Willen verliert, in diesem Falle wird also die

---

[1]) Enneccerus und Lehmann Seite 110.
[2]) Protokolle a. a. O. Seite 6047.

gewöhnliche Verjährungsfrist des § 195 von dreissig Jahren Platz greifen müssen.[1]) Hat der Besitzer die Sache wirklich herausgegeben, so erlischt sein Anspruch, wenn er nicht vorher gerichtlich geltend gemacht wird oder die Genehmigung des Eigentümers erfolgt. Diese gerichtliche Geltendmachung kann nicht nur bestehen in der Klageerhebung, sondern auch in der Zustellung eines Zahlungsbefehls, der Anmeldung des Anspruches im Konkurs, der Geltendmachung der Aufrechnung im Prozess (§ 209).[2]) Erfolgt eine dieser Handlungen innerhalb der Frist, dann läuft sie nicht ab, ebenso wenig, wenn die Genehmigung rechtzeitig erfolgt, denn dann ist ja die oben erwähnte obligatorische Verpflichtung gegeben und der daraus entstehende Anspruch „verjährt" nach den gewöhnlichen Vorschriften. Nach § 1002 Absatz 2 finden auf die genannten Präklusivfristen die bei der Verjährung geltenden Vorschriften der §§ 203, 206, 207 entsprechende Anwendung, d. h. sie laufen so lange nicht, als der Besitzer durch Stillstand der Rechtspflege oder in anderer Weise durch höhere Gewalt an der Rechtsverfolgung gehindert ist (§ 203.) Ist der Besitzer geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt und ohne gesetzlichen Vertreter, so läuft die Frist nicht vor dem Ablauf von einem Monat resp. von sechs Monaten nach dem Zeitpunkte ab, in welchem er unbeschränkt geschäftsfähig wird oder der Mangel der Vertretung aufhört (§ 206). Gehört der Verwendungsanspruch zu einem Nachlass oder richtet er sich gegen einen solchen, so läuft die Frist nicht vor dem Ablauf von einem Monat resp. von sechs Monaten nach dem Zeitpunkt ab, in welchem die Erbschaft vom Erben angenommen oder der Nachlasskonkurs eröffnet wird, oder von welchem an der Anspruch von einem Vertreter oder gegen einen solchen geltend gemacht werden kann.[3])

---

[1]) Enneccerus und Lehmann a. a. O. Seite 111.

[2]) Biermann, Bemerkung 2 zu § 977 a. a. O.

[3]) Biermann a. a. O., Bemerkung zu § 1002.

III. Durch Selbstbefriedigung.

§ 14.

In dem materiellen Teil unserer Erörterung hatten wir bei der Betrachtung des eigentlichen Ersatzes von Verwendungen unleugbar eine grosse Anzahl von Aehnlichkeiten zwischen dem corpus iuris und dem B.-G.-B. gefunden, wenn auch die Unterschiede zwischen diesen beiden Gesetzen überwiegendere waren. Bei der Besprechung der Mittel der Geltendmachung des Verwendungsanspruches sahen wir jedoch, dass das B.-G.-B. in seiner Klage ein dem corpus iuris völlig fremdes Institut geschaffen hat und auch jetzt, wo wir den § 1003 ins Auge fassen, müssen wir zu der Ueberzeugung kommen, dass von einer derartigen Bestimmung wie wir sie hier finden, im corpus iuris auch nicht eine Spur vorhanden ist. Das römische Recht gab keine Vorschriften darüber, wie dem Besitzer, der Verwendungen gemacht hat, zu helfen ist, wenn ihm der Eigentümer die Sache nicht abnehmen will. Das einzige Mittel, um seinen Ersatzanspruch geltend zu machen, war die exceptio doli, der, wie wir sahen, rein prozessuale Natur inne wohnte, die also überhaupt nicht in Wirksamkeit trat, wenn die rei vindicatio nicht angestrengt wurde. Im corpus iuris war eine diesbezügliche Bestimmung auch nicht so erforderlich wie heut,[1]) denn der redliche Besitzer erwarb nach römischem Recht auch bei mala fides superveniens in kurzer Zeit Eigentum durch usucapio, der unredliche Besitzer aber hat in den allermeisten Fällen alles eher, als den Wunsch, seine Sache gegen Ersatz der ihm vom corpus iuris in so geringem Umfange zugesicherten Verwendungskosten herauszugeben. Heut ist das aber anders. Der redliche Besitzer, der später erfährt, dass ihm das Eigentum nicht zustehe, kann gemäss § 937 Absatz 2 nicht mehr ersitzen. Schon aus diesem Grunde war eine Vorschrift, wie sie in § 1003 getroffen wurde, ein Erfordernis.

---

[1]) Ziebarth, Realexekution und Obligation, Seite 311, 312.

Nach dem ersten Entwurf zum B.-G.-B. hat der Besitzer durchaus kein Angriffsrecht, wenn sich der Eigentümer weigert, die Sache zurückzunehmen;[1]) nur im § 941 traf man eine Bestimmung, auf welche Art der Besitzer den Eigentümer in den nachteiligen Annahmeverzug setzen konnte. „Zu einer definitiven Erklärung, ob er zurücknehmen wolle und, im Falle der Verweigerung, zur Ueberlassung des Eigentums an den Besitzer", wollte man den Eigentümer nicht zwingen.[2]) Man glaubte durch eine derartige Vorschrift „über das geltende Recht und das praktische Bedürfnis hinaus zu gehen", auch fürchtete man mannigfaltige Verwickelungen.

Später überzeugte man sich davon,[3]) dass ein solcher Schwebezustand, wie er in Folge der Regelung des ersten Entwurfes möglich war, ein ausserordentlich lästiger sei, da der Besitzer jeden Augenblick darauf gefasst sein müsse, dass der Eigentümer die rei vindicatio anstrengt, ohne selbst irgend ein Mittel zu haben, um sich aus seiner misslichen Lage zu befreien. Mit diesem Uebelstand hat der zweite Entwurf, der zugleich den § 941 als überflüssig fallen liess, geräumt in seinem § 914, im wesentlichen übereinstimmende Vorschriften giebt das B.-G.-B. in § 1003.

Will der Eigentümer die Verwendungen weder genehmigen, noch seine Sache zurücknehmen, so hat der Besitzer zwar nicht das Recht, ihn zu einer dieser Handlungen zu zwingen,[4]) wohl aber ihm eine angemessene Frist zu setzen und ihn aufzufordern, sich innerhalb derselben zu erklären, ob er die Verwendungen genehmige. Bei dieser Aufforderung wird der Besitzer auch zugleich die Höhe seines Ersatzanspruches mitteilen müssen. Genehmigt der Eigentümer[5]) innerhalb der ihm gesetzten Frist die Verwendungen, so hat

---

[1]) Motive a. a. O. Seite 415.
[2]) Motive a. a. O. Seite 416.
[3]) Protokolle a. a. O. Seite 4021 und 4022.
[4]) Endemann a. a. O., Band 2, Seite 368.
[5]) Biermann a. a O., Bemerkung 1 zu § 1003 Seite 122.

der Besitzer sein Klagerecht nach § 1001. Schweigt aber der Eigentümer innerhalb der Frist, dann nimmt man zwar nicht die erfolgte Genehmigung an,[1]) es wird jedoch nunmehr dem Besitzer ein selbständiges Angriffsmittel dadurch gewährt, dass er berechtigt ist, sich aus der Sache zu befriedigen, (natürlich in der vollen Höhe des bei der Aufforderung verlangten Betrages)[2]) und zwar bei beweglichen Sachen nach den Vorschriften über den Pfandverkauf §§ 1234 ff), bei einem Grundstück nach den Regeln über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen auf Grund eines vollstreckbaren Titels § 16, § 146 Z.-V.-G. Letztere erfolgt nach § 866 C.-P.-O. durch Eintragung einer Sicherungshypothek, durch Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. Mit Recht hebt aber *Biermann*[3]) hervor, dass es das Prinzip der §§ 1001—1003 ist, den Eigentümer, ausser natürlich bei erfolgter Genehmigung, nur mit der Sache selbst haften zu lassen, durch die Eintragung einer Sicherungshypothek würde jedoch der Eigentümer auch persönlich verpflichtet sein, also, falls der Wert des Grundstückes niedriger ist, als die beanspruchte Verwendungssumme, eventuell für den Ausfall aufkommen müssen. Das widerspräche aber dem genannten Prinzip, mithin werden wir hier nur Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung als Befriedigungsmittel bei Grundstücken gelten lassen können. „Bestreitet der Eigentümer den Anspruch vor Ablauf der Frist", d. h. behauptet er, es seien überhaupt keine Verwendungen gemacht worden, oder die vorgenommenen Impensen seien zu hohe, so kann der Besitzer natürlich eine Leistungsklage nicht erheben,[4]) da der Eigentümer gemäss § 1001 Satz 1 die Sache weder wiedererlangt noch die Verwendungen genehmigt hat, er muss vielmehr das Vorhandensein eines Ersatzanspruches und dessen Höhe rechtskräftig feststellen

---

[1]) Steinbach a. a. O. Seite 29.

[2]) Windscheid-Kipp a. a. O. Seite 886.

[3]) Biermann a. a. O., Anmerkung 1 zu § 1001.

[4]) Windscheid-Kipp a. a. O. Seite 886.

lassen und dann dem Eigentümer wiederum zur Erklärung über die Genehmigung der Verwendungen innerhalb einer angemessenen Frist auffordern. (§ 1003 Absatz 2.) Genehmigt der Eigentümer rechtzeitig, so hat der Besitzer seine gewöhnliche Klage aus § 1001 Satz 1, genehmigt der Eigentümer nicht, so kann sich der Besitzer nach den oben angegebenen Bestimmungen aus der Sache selbst befriedigen, ein Bestreiten des Anspruches nach seiner Existenz oder Höhe innerhalb der gestellten Frist ist aber, da dies infolge des rechtskräftigen Urteils feststeht, nun nicht mehr möglich.